ITALY

IL POSSESSO

E

GL' ISTITUTI DI DIRITTO PROSSIMI AD ESSO

IL POSSESSO

E

GL' ISTITUTI DI DIRITTO PROSSIMI AD ESSO

TRATTATO IN DIRITTO ROMANO

DEL

Prof. ODOARDO RUGGIERI

PARTE SECONDA

L' USUCAPIONE, E GL' INTERDETTI INTRODOTTI A REGOLARE IL SOLO POSSESSO

VOLUME II.

FIRENZE
GIUSEPPE PELLAS, EDITORE
1880

PARTE SECONDA

La usucapione, e gl' interdetti introdotti per regolare il solo possesso.

SEZIONE PRIMA

LA USUCAPIONE

Il trattato della usucapione verrà da noi diviso in tre capi: della ragione della usucapione, della sua efficacia, e de' requisiti necessari alla medesima.

CAPO PRIMO

Ragione della usucapione.

§ 483.

Abituati nella pratica a vedere per un lungo godimento spento un diritto, e posto al suo luogo ciò che prima dritto non era, noi non proviamo sorpresa avanti a questo legale fenomeno. Ma è ben importante il definire in teoria come la usucapione regga di fronte alle eterne regole della giustizia, e determinare come fosse primieramente accettata dalla coscienza morale e giuridica dei romani. Antiche sono le dispute, svariate le opinioni de' filosofi, e degli scrittori di cose giuridiche, sulla sua ragionevolezza. Assai comune è la credenza, che l'usucapione sia stata introdotta in favore di chi sia in buona fede, nella opinione di avere acquistato il dominio; purchè giustificata ed appoggiata da un avvenimento capace in se di fondare la proprietà, basata sopra un giusto titolo. Ed a questa opinione si riduce anche Savigny *Syst. III*, *append.*

VIII, n. 14, 16, quando dice che l'errore è il produttore della usucapione. Questa sentenza che non ha conforto dei testi, i quali ben altrove stabiliscono il fondamento della usucapione, deve probabilmente la sua estensione alle disposizioni del dritto canonico le quali tanto dettero alla buona fede. Disposizioni però in questo senso non bene intese; mentre neppure il dritto canonico stabilì veramente nella b. f. la ragione fondamentale della usucapione; nè fece altro, che dare per amore della onestà maggiore importanza alla b. f. pur considerata come semplice requisito dell'usucapione medesima. Del resto se la b. f. fosse stata in dritto romano la ragione sostanziale della usucapione, non vi si troverebbe certamente stabilito che la mala fede sopravveniente non nuoce. Anzi avrebbero i romani stabilito il contrario; come fecero nella *fructuum perceptio*, appunto perchè questa è basata sopra la buona fede come ragione originale (§ 353 segg.).

§ 484.

A nostri giorni ha trovato fautori un'altra opinione, che cioè il tempo sia per se un generatore di dritti, e che in esso si fondi l'usucapione. Tale opinione fu già accennata da Rogerio *De praescr. cap. I, § 1, pag. 109*. « Est ergo praescriptio omnis exceptio ex tempore essentiam capiens »; ora piace allo Stintzing *Das Wesen von b. f. und titulus in der röm. Usucapionlehre pag. 6*, ed al Sell *Röm. Lehre des Eigenth. § 21, Vorwort. pag. 110 segg.* [1] Ma dal relatore dell'opera dello Stintzing nel repertorio di Gersdorff Iahrg. 1853, IV, 1, pag. 11 è stata caratterizzata come il fondamentale errore dell'opera stessa; ed in verità non si può sostenere. Imperocchè il decorrere del tempo, cosa esclusivamente spettante alla natura fisica, non può in-

---

[1] A questa idea si accosta anche quel che scrive LEIBNITZ, esser la usucapione una conseguenza dell'oscuramento del dritto; e quel che afferma il nostro ROSMINI, consistere la ragione dell'usucapione in ciò, che coll'andar del tempo cessa il vincolo fisico che univa la cosa al padrone, ed invece un simil vincolo si forma col possessore.

fluire per se nell'ordine giuridico. Il tempo coopera alla formazione della usucapione, come una delle condizioni che le leggi positive hanno assegnato al possesso analogo alla medesima: ma ciò è ben lungi dal dire, che nel tempo stia la principale considerazione per cui il dritto positivo la introdusse, e molto meno che nel tempo consista il movente per se operativo di essa.

§ 485.

Con migliori auspicj altri scrittori d'ogni epoca, fermandosi sui frammenti nostri, hanno cercato alla usucapione motivi di utilità e di necessità pratica; cioè dello imporre un fine alla incertezza de' dominii, alla moltiplicità delle liti. Quantunque fra gli scrittori medesimi non esista accordo nello apprezzare questi motivi al confronto delle regole di giustizia. Mentre alcuni di essi sostengono che la usucapione si opponga alla naturale equità; [1] altri invece credono che si trovi in pieno accordo colla medesima, sia anzi un postulato necessario del concetto del dominio. [2] — Il difetto, che specialmente in Germania si è voluto trovare in questa opinione, è che essa si basi sopra ragioni meramente estrinseche e politiche; mentre invece sia necessario rintracciare ragioni giuridiche. [3] Ma

---

[1] Così troviamo ripetutamente detto nella Glossa: *ad l. 1, D. h. t., verb. bono publico* « idest ad utilitatem omnium communem contra aequitatem naturalem... sic et servitutes sunt contra jus naturale ut Inst. de jure personar. § servitus » ; *ad Aut. Collat. II, tit. 5, Nov. 9, verb. improba* « Iure naturali inspecto... sed jure civili comprobatur. » Paolo Castrense *ad d. l. 1 (In prim. part. Dig. novi Comm. Lugd. 1585, fol. 61*[a]) « Est quoddam bonum sed non aequum ut hic. »

[2] Puffendorf *de jure nat. et gent. IV, 12, § 9* « Igitur nobis omnino videtur, usucapionem... esse velut appendicem et consectarium dominii rerum. Adeoque quum dominia rerum introducerentur, id quoque pacis causa placuisse. » Kant *Methaph. Anfangsgr. der Rechtslehre, pag. 132 segg.* vede nella usucapione un postulato della ragione pratico-giuridica, dicendo che se usucapione non esistesse, niun acquisto sarebbe perentorio, sarebbero tutti provvisorii.

[3] Huschke *Zeitschr f. gesch. RW, XIV. pag. 147 segg.* cerca di chiarire l'idea della usucapione con quella del dritto consuetudinario. Ma sono

un maggiore sviluppo dei frammenti, e del pensiero romano, rende l'opinione, che difendiamo, pienamente soddisfacente. Furono veramente mossi i romani nello introdurre le usucapioni dall' idea di provvedere alla comune utilità. Osservarono, che se a colui, che lungamente avesse posseduto con animo di padroneggiare, si fosse costantemente negato il dominio che da principio gli era mancato, le incertezze troppo ordinarie delle proprietà avrebbero gravemente nuociuto alle buone amministrazioni delle cose, e sarebbero state un infinito fomite a litigi. Quindi fu, che il possesso si ebbe virtù di produrre usucapione; non già per forza propria ed intrinseca, ma per l'opera estrinseca delle leggi. Questo punto già fu da noi didichiarato § 52. Alle suddescritte idee recammo l'appoggio di un bel passo di Cicerone *pro Caec. 26, 74*: ed osservammo, come alla relazione così definita fra possesso ed usucapione convengano le definizioni che di questa ci ha lasciato l'antichità, *l. 3, h. t.*, *Ulp. XIX, 8*, Boez. *in Cicer. top. 2, 4, 23*, Isidor. *Origin. 25, 30.* Ricordiamo, che quanti sono i testi, i quali riferiscono le ragioni dell'introdotta usucapione, altrettanti enunciano i descritti motivi di utilità; non la buona fede, non il

---

idee differenti del tutto. Mentre nel dritto consuetudinario opera la verace convinzione del popolo sulla giustizia e sul dritto; nella usucapione troviamo ordinariameute una falsa opinione individuale sul proprio dominio. — SCHIRMER *Die Grundidee der Usucap. im röm. Recht. pag. 33, 37 segg.* comincia dal fissare nel possesso la ragione della usucapione, e qui riporta le le parole delle dodici tavole « usus auctoritas etc. » ed altri testi del dritto nostro. Ma poscia passa a riconoscere tutta la forza nella volontà personale dell'usucapiente, e nel possesso ravvisa solo la manifestazione di tal volontà, *pag. 41 segg.* Tutto riducendo a questo punto, sostiene, che, posto che la legge desideri per l'usucapione una certa durata di possesso, bisogna conchiudere non potersi nel tempo intermedio riguardare come esistente la manifestazione della volontà; così che il tempo sia solo la materia in cui la volontà subiettiva si esprima, *pag. 45 seg.* (Nella *pag. 123* tenta riportare a queste sue vedute anche la non usucapibilità delle cose *extra commercium*). Vedemmo § 52, non esser vero che il possesso generi per se la usucapione. Molto meno è consono allo spirito pratico del dritto romano quello che mi sembra un sottilizzare sulla volontà subiettiva e sulle sue manifestazioni. Lo stesso Schirmer *pag. 45, fi.* confessa che la propria opinione suona come un paradosso (« Diess klingt paradox »).

tempo, non la somiglianza colla consuetudine, non la forza della subiettiva volontà. Gajo *l. 1, h. t.* « Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarumdam rerum diu, et fere semper incerta dominia essent. » Nerazio *l. 5. pr. pro suo* « Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa (cf. § 487), interim propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. » Giustiniano *pr. I. h. t.* » ne rerum dominia in incerto essent. » Gajo *II, 44* » quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent. »

§ 486.

È ben vero, che il principio del bene comune non deve in una ben regolata società svilupparsi a gravame de' dritti dei singoli; ossia che la ragione politica non deve pregiudicare a quella della giustizia. Ma anche a questo provvide il pensiero dei romani. Osservarono con somma saggezza, che quando il padrone lascia le sue cose possedute da altri per lungo tempo, senza farne richiesta, commette vera negligenza; mentre le cose sono sottoposte ai dominii onde servano ai proprietarii, ed un proprietario trascurato è indegno d' esser tale. Osservarono, che secondo ragione niuno ha dritto di lamentarsi dei danni che dalla propria negligenza gli provengano. « Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire » *l. 203, de R. I.* Dai testi, che si riferiscono a questa riflessione, apparisce essere stata essa adoperata dai romani nel senso da noi esposto; vale a dire come ragione di complemento e di appoggio all'altra principale dell'ordine pubblico. Così Gajo *l. 1, h. t.* e *comm. II, 44,* dopo avere esposto, come vedemmo, questa ragione dell'utilità comune, soggiunge « cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium... cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est. » E Giustiniano, parlando della estensione da se fatta del tempo delle usucapioni, così si esprime *pr. I. h. t.* « putantibus antiquioribus dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora:

nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur. [1] » — Dalle cose dette apparisce primo, che ad introdurre le usucapioni i romani furono indotti dalla ragione del bene comune; e ciò egregiamente conviene ad ogni buona legislazione. Secondo, che non sacrificarono a tal pubblico bene la giustizia e il dritto de'privati. A questo procedimento così pienamente soddisfacente, e che pur è il solo che dai discorsi de'nostri autori ci vien rappresentato, volerne aggiungere degli altri, sembrami un voler perdere ingegno e fatica.

---

[1] In che senso la considerazione sulla negligenza del padrone fosse adoperata dai romani, fu bene descritto dalla GLOSSA *ad l. 1, D. h. t. v. bono publico,* e da PAOLO CASTRENSE *ad d. l. 1,;* benchè non ne tenessero il giusto calcolo per conchiudere che l'usucapione non è punto ingiusta (cf. § 485, no. 1). Invece CONNANO *Comm. jur. civ. III, 11,* GALVANO *De usufr. XI, n. 3,* ULR. HUBERO *I, pag. 147,* ne fecero una ragione affatto indipendente. Anzi alcuni la giudicarono sola vera ragione, sviluppandola ora col concetto della pena ai delinquenti, siccome sembra pensare VOET *ad h. t, n. 1;* ora con un presunto animo d'abbandono ossia coll'alienazione, non bene intendendo la *l. 28, pr. de V. S.* (cf. § 568), come il VASQUIO *contr. II. 52.,* VULTEIO *ad Inst. h. t. n. 2,* ed altri. Da tali idee ci deve allontanare pur la riflessione, che le usucapioni corrono anche contro gli impediti per giustissima causa dal sapere e dal rivendicare; e che a costoro si soccorre soltanto con una *in integrum restitutio* per la clausola dell'editto che trovasi nella *l. 1, § 1, ex quib. ca. major.* E che le usucapioni corrono *ipso jure* dopo la contestata lite, dato solo il rimedio delle *l. 18, l. 19, de R. V.* Cose tutte, le quali ottimamente si spiegano riducendo la detta considerazione della negligenza del padrone ad un posto secondario e adiettizio, ma non s'intendono punto elevandola a primaria, e peggio ad unica sede.

CAPO SECONDO

Efficacia dell'usucapione.

§ 487.

L' efficacia dell' usucapione propriamente detta è certamente quella di produrre acquisto di dominio in chi per lo innanzi ne mancava. Ma questa anteriore mancanza, sanata quindi dalla usucapione, non proviene solo in dritto romano dallo aver altri avuto una cosa da un non padrone; che pure è il caso più noto e più generalizzato. Può detta mancanza derivare da altri motivi, onde quella efficacia della usucapione prende varie forme e posizioni, e la usucapione apparisce accordata per rimediare a vari difetti « etiam ex aliis causis concessa » *l. 5, pr. pro suo.* L'usucapione ha il potere di sanare mancanze del pieno attuale dominio sulle cose (senza distinzione anche nell'epoca antegiustinianea fra cose *mancipi*, e *nec mancipi*, *Gaj. II, 43*, *Ulp. XIX, 8*), quali mancanze si possono disporre in due categorie. — Prima categoria: mancanza di attual dominio, derivante da ciò, che in circostanze ordinarie lo acquisto della cosa, benchè per se regolare, non ebbe per autore chi aveva esclusivamente il dritto di render padrone un altro. Tale suol essere il proprietario precedente. Imperocchè nelle circostanze ordinarie lo esser l'autore dell'acquisto una persona diversa non vizia la regolarità e legalità dell'atto in se, ma impedisce e per civile e per natural ragione la diretta translazione del dominio: essendo principio civile e naturale che « Quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest » *l. 11, de R. I.* Pertanto il caso dell'usucapioni, che in dritto giustinianeo rimase il solito, si è quello dell'acquisto da un non padrone in circostanze ordinarie, già descritto da Gajo *II, 43.*

§ 488.

Seconda categoria: mancanza di dominio, la quale derivi da mero difetto di rigorosa legalità nell'atto di acquisto. Cioè a) Quando l'acquisto non partì dalla persona avente per se il dritto di far padrone altri che da lei riceva; ma in tali men ordinarie circostanze, nelle quali ciò impedisca bensì per sommo dritto il trasferimento del dominio, non lo impedisca secondo il comun sentimento giuridico morale pur riconosciuto dalle leggi nostre. Una celebre specie presso Africano *l. 28, de noxalib. action.* del servo datomi *noxae* da un possessore di b. f. « usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam, alioquin, si aliter constituatur futurum, ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur. » E la prossima specie aggiunta da Africano in fine dello stesso frammento « Eademque dicenda sunt et si, cum ab eo non defenderetur, jussu praetoris eum duxerim: quoniam isto quoque casu justam causam possidendi habeo. » Anche in altri casi di usucapione, spettanti a questo stesso capo, abbiamo acquisti derivanti da autorità pretoria. Tale è l'usucapione che compete ai *missi ex secundo decreto.* Tale quella che spetta ai *bonorum possessores, Gaj. III, 80,* cf. *IV, 34.* Colla qual è in analogia l'altra spettante ai *bonorum emtores,* poichè come è simile sotto molti rapporti la loro condizione a quella de'*bonorum possessores,* così è ancor simile la posizione rapporto alla usucapione de' beni acquistati, *Gaj. III, 80* (§ 653). A questo capo finalmente appartengono diversi casi di *usureceptio.* [1]

§ 489.

b) Quando l'acquisto ebbe origine dalla persona avente facoltà di trasferire il dominio, però mancò di qualche forma-

[1] Quella che ha luogo nel deposito, e quella che ha luogo nel pegno dopo che il creditore è stato pagato. La *usureceptio* che spetta al caso del pegno senza avvenuto pagamento, e l'altra *ex praediatura,* appartengono alla prima su esposta categoria.

lità che la rigorosa legge richiede, non la equità riconosciuta dagli autori del dritto nostro. Ciò avviene principalmente quando nel trasferire cose *mancipi* non fu tra il padrone che alienava, e lo acquirente, adoperata la *mancipatio* o la *in jure cessio*, necessarie a trasferire il dominio *ex jure quiritium*. Per l'acquisto di tal dominio è necessaria l'usucapione, *Gaj. I, 21 b, II, 41, 63, 204, Ulp. I, 16.* [1] — Altro esempio è presso Paolo *fragm. vatic. 1.* La tutela delle femmine d'età perfetta, introdotta dall'antichità, ebbe la ragione più speciosa che vera della leggerezza dell'animo loro, *Gaj. I, 144, II, 190, Ulp. XI, 1;* per cui fu a que' tempi creduto che non potessero senza autorità del tutore far quegli atti, i quali sono enumerati da Ulpiano *XI, 27.* Illanguidì coll' andar del tempo posteriore la efficacia di tale ragione per la sua stessa debolezza. Quindi la importanza di questa tutela soffrì ripetute diminuzioni. All' età di Paolo già la legge Claudia avea tolta la tutela muliebre degli agnati, *Gaj. I, 157, 171.* Anche nelle tutele di altro genere furono fatte limitazioni. La donna sottoposta a tutela non avea mai potuto alienare le cose *mancipi* senza autorità del suo tutore, *Ulp. d. loc. XI, 27.* Onde Gajo *II, 47*, riportandosi al tempo quando era nel suo vigore la ragione della tutela muliebre, e precisamente trattando della tutela degli agnati in allora vigente, ci dice che, consegnata dalla donna una cosa *mancipi* senza autorità del tutore, non poteva essere usucapita. [2] Credendosi mancare la b. f. ed il titolo, e finalmente non considerandosi la formalità dell'autorità del tutore come cosa di pretto rigore ma con-

---

[1] Modellata su questa specie di usucapione era la *quasi usucapio* colla quale i mariti acquistavano la *manus* sulle mogli, *Gaj. I, 111,* (§ 421, 453).

[2] Un' altra proibizione d'una specie d'usucapione, per simile ragione, trovasi presso CICER. *pro Flacco 34.* Non era ammessa quella quasi usucapione con cui la donna *conveniebat in manum* del marito, quando avesse avuto tutori legittimi; perchè senza l'autorità di essi tutti non poteva *convenire in manum* colla *coemtio.* Dice Cicerone « In manum, inquit, convenerat. Nunc audio. Sed quaero, utrumne usu, an coemtione. Usu non potuit: nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. Coemtione? omnibus ergo auctoribus, in quibus certe Flaccum fuisse non dices ». Cf. *Ulp. XI, 26.*

sona ancora a giusta ragione (cf. § 491). Ma in epoca posteriore anche nella tutela rimasta in vigore piacque, che il compratore facesse suoi i frutti, possedesse *pro emtore*; e finalmete Giuliano interpretando una costituzione Rutiliana [1] credette, che il compratore, il quale avesse alla donna sborsato il prezzo, potesse usucapire; salvo alla donna stessa prima della perfetta usucapione il dritto di offrirgli il prezzo medesimo, nel qual caso la usucapione dovea cessare, *d. § 1, fragm. vatic.*

§ 490.

I due motivi di mancanza di dominio, esposti ne' tre paragrafi ultimi, possono talvolta ritrovarsi uniti; e può così risultare un misto caso di usucapione. Per esempio se alcuno acquista da non padrone, e senza mancipazione o *in jure cessio* ma con semplice tradizione; quale vedremo § 499, essere il caso della *l. 32, § 1, h. t.* — Altro esempio nella *l. 2, § 8, 9, pro emtore.* Il tutore, il procuratore, ed il gestore d'altrui negozi, non possono per regola comperare le cose del pupillo o di colui che rappresentano con mandato o senza, *l. 34, § 7, de contrah. emt.*, *l. 5. § 2, de auct. et cons. tutor.* Però per risposte di giureconsulti e rescritti d'imperatori piacque su ragioni di utilità, che se il tutore, e così anche se il procuratore e il gestor de' negozi, comperassero in un'auzione cosa creduta erroneamente essere del pupillo ecc., potessero usucapire. Ancor qui la mancanza di proprietà nell'acquirente derivava da doppia ragione; e dalla mancanza di facoltà nella parte venditrice di far padrone un altro, e dalla inosservata regola generale or ora esposta.

§ 491.

Abbiamo così descritto il campo, in cui le usucapioni si sono sviluppate. L'usucapione non è stata dalle leggi nostre

[1] Sull'autore, sulla disposizione di tale costituzione, è incertezza. Sono state fatte congetture, ma prive di convincenti argomenti; ved. BUCHHOLTZ *Vatic. fragm. pag. 3 seg.*

preparata a sanare la mancanza di dominio proveniente da ciò, che l'acquisto mancasse in se stesso di quella regolarità e legalità, che non è rigida ma consona alla ragione naturale, insomma fosse nullo per civile e per naturale ragione. Come se un pupillo, un furioso, un interdetto, uno cui avesse il competente magistrato proibite certe alienazioni [1], abbiano da per loro alienato cose proprie. Fu bensì, come dichiareremo in seguito, dalla più mite giurisprudenza, e per singolari ragioni di pubblica utilità, ricevuto, che, provata una giusta causa di errore, ammessa fosse la usucapione quando un pupillo un furioso ecc. avessero alienato cose altrui; estendendo così alquanto la prima categoria delle usucapioni (§ 487). E qui spettano le *l. 7, § 2. de public. in rem act., l. 12, l. 13, § 1. h. t., l. 2, § 15, 16, l. 7, § 5, pro emt.* [2]. Ma giammai fu ricevuta usucapione se

[1] Sono dell'avviso di quegli scrittori, che anche per dritto romano credono essere nulle le alienazioni fatte da coloro ai quali siano state proibite dal competente pretore; caso trattato nelle *l. 12, h. t., l. 7, § 5, pro emt., l. 8, fi. de pollicit.* Cf. Puchta *Pand. § 144, n. b*, Arndts *§ 132*, Vangerow *Pand. § 299, pag. 631.* Benchè altri, come Sell *§ 26, pag. 154*, e Schirmer *pag. 213, segg.*, siano d'opinione diversa; e credano, che non maggior efficacia abbia la detta proibizione del pretore, di quella che ha una proibizione contrattuale e privata, la quale porterebbe soltanto obblighi personali. Certo non prova per questi la *l. 12, § 4, de public. in rem act.*; dove è manifesto, che se il prètore « non tuetur » chi « contra leges faciat » non segue, che *tueatur* chi faccia contro l'ordine proprio. Nè la *l. 52, § 6, de O. et A.*, sol che si confronti il *pr.* ed il *§ 5* dello stesso frammento. Nè la *l. 71, de cond. et demonstr.* concepita di proibizione proveniente da un privato e non dal pretore.

[2] Gli stessi scrittori, che al divieto di speciale alienazione per parte del magistrato non danno il potere di annullare l'atto di alienazione seguente, interpretano le *l. 12, h. t.* e *l. 7, § 5, pro emt.* dicendo, che vi è implicitamente ammessa l'usucapione in chi comprò da colui, al quale era stato proibito dal pretore lo alienare, appunto per la natura di tale divieto che non porta nullità. Se ciò fosse, Paolo e Giuliano non negherebbero l'usucapione nel caso della scienza del divieto per parte del compratore. Dappoichè tale scienza non toglierebbe affatto la b. f.: purchè della b. f. alle usucapioni richiesta abbiamo un esatto concetto, il quale consiste, come vedremo, nell'aver pensiero di non far torto al padrone. Qual pensiero non ha chi acquistò da creduto padrone il quale sia nel pieno uso delle facoltà intellettuali (cf. § 509). Le dette due leggi trattano del caso, in cui

colui alienasse cose proprie: dove la giurisprudenza non aveva alcuna base su cui fare estensioni, ed avrebbe dovuto inventare una nuova e strana categoria di usucapioni. Così si spiega come Paolo *l. 48, pr. de a. r. d.* fra le cose inusucapibili enumerar potesse le cose del pupillo « veluti si pupilli sit »; mentre pure, fuori della ipotesi della quale parliamo, d'altronde assai rimarchevole, le cose de'pupilli all'età di Paolo non erano inusucapibili (§ 566) [2].

---

il proibito dallo alienare una cosa la vende, mentre però essa per avventura non era la sua. Il titolo è nullo, perchè il divieto del pretore porta secondo noi tale nullità (not. 1); e la porta anche se per avventura la cosa non era del proibito, lo che era ignorato dal vietante magistrato. Poichè la proibizione assoluta di alienare non può vacillare per un errore da cui fu mosso il proibente; come regolarmente non vacilla una regiudicata per l'errore di chi pronunciò. Diversamente che nel caso della proibita donazione fra conjugi: ove se avvenga, che sia da un conjuge data all'altro cosa non propria, il titolo non è nullo; perchè la proibizione di donare, limitata per sua natura allo esser fatto il donante *pauperior*, non comprende affatto le cose altrui (§ 510). Ma la nullità del titolo nel caso nostro è sanata colla prova speciale di una giusta ignoranza (§ 532); ed ecco come nelle dette due leggi pel caso solo della ignoranza è ammessa la usucapione.

[2] Non pochi scrittori, non trovando come spiegare l'inciso di Paolo, credono doversi leggere non « pupilli » ma « populi ». Hanno contraria la fede di tutti gli esemplari: solo i greci tradussero « ὡς τοῦ δήμου ὄντα ». Senza ricorrere a cotesta lettura, può anche intendersi quel passo delle cose de'pupilli, che per l'*Oratio D. Severi* non possono essere senza decreto distratte, se per avventura siano state distratte senza il decreto medesimo: altro caso in cui l'usucapione non ha luogo (§ 568).

CAPO TERZO

Requisiti dell'usucapione.

§ 492.

Poichè l'usucapione è effetto del possesso (§ 485), senza possesso non può sussistere, *l. 25*, *h. t.* « Sine possessione usucapio contingere non potest ». Onde è che molti testi scritti sulle usucapioni adoperammo nel trattato sul possesso, quando esaminavamo chi possegga, su quali cose cada il possesso, come questo si acquisti si ritenga e si perda. — Se non v'è usucapione senza possesso, non però essa immediatamente si compie col possedere, nè qualunque possesso è idoneo a generarla. Deve il possesso avere delle qualità o requisiti, che sono per ciò stesso altrettanti requisiti della usucapione. Deve esistere un pieno esercizio di attività sulla cosa; la buona fede; la giusta causa; l'assenza di vizio nell'acquisto; la continuazione pel tempo stabilito dalle leggi; il subietto idoneo ad usucapire; l'obietto idoneo ad essere usucapito. Tratteremo di tutti questi requisiti in altrettanti articoli distinti.

Articolo Primo

Pieno esercizio dell'attività sulla cosa.

§ 493.

Il possesso per essere coordinato alla usucapione deve consistere nel pieno l'esercizio dell'attività sull'oggetto posseduto, ossia dev'essere eguale all'esercizio del dritto di proprietà. La ragione, che consiste nella necessità di ordine fra possesso ed usucapione come di mezzo a fine, fu già da noi

sviluppata nel § 53. Pertanto gli atti fisici debbono avere di loro natura tal carattere di attuale o virtuale ampiezza, quale hanno quelli esercitati dal padrone. L'animo ha da essere di fare come e quanto fa il padrone, *animus dominantis* [1].

Articolo Secondo

La buona fede.

§ 494.

Il possesso, che abbiamo descritto nel precedente articolo, deve essere preso in buona fede. L'indagine sulla ragione di questo requisito va naturalmente unita a quella sulla definizione del medesimo; poichè non si può determinare il perchè di una cosa senza ben comprendere in che questa consista. Vediamo adunque cosa sia questa buona fede. Quanto è comune opinione che la ragione delle usucapione stia nella b. f. (§ 483); altrettanto è comune l'avviso, che la buona fede sia la opinione dell'usucapiente di aver guadagnato la proprietà. Tale opinione trovasi modificata in Brinz *pag. 210*, *213*, ed in Vangerow *I*, *§ 321, not. 1*, così, che b. f. sia la credenza della proprietà e idoneità dell'autore o della facoltà del suo rappresentante; la conoscenza di altre cagioni, per le quali è impedito il passaggio della proprietà, non formi mala fede. Contro tali modi d'intendere la b. f. vedremo fra poco, che questa si può concepire anche senza credenza di esser padrone, o di aver ricevuto dal padrone avente facoltà di trasferire ovvero dal suo rappresentante. E che viceversa la b. f. può mancare anche esistendo tale credenza.

---

[1] E l'animo dev'esser presente. Come ciò debba intendersi e qual ragione abbia, esponemmo nel § 261. Dipendendo dalla natura della b. f. richiesta nelle usucapioni, lo ripeteremo nel relativo trattato.

§ 495.

Lo Stintzing tiene un'altra sentenza: che cioè le dodici tavole togliessero solo al ladro la facoltà di usucapire, *pag. 10 segg.*; e con questo appunto spiega le *usureceptiones,* la *usuc. pro herede*, e la massima che la m. f. soprovveniente non nuoce, *pag. 11, 22, 24, 35*. Soggiunge, che solo col tempo, che ha potenza di compiere ciò che originalmente poteva mancare alla legge, si slargò l'importanza del requisito della b. f., al quale però esso Stintzing *pag. 125* dà un'intelligenza meramente negativa, come vedremo in appresso. — Accennerò, che se le teorie delle *usureceptiones* ecc. avessero la loro origine in una mera proibizione della usucapione riguardo ai ladri, sarebbero del tutto cessate quando col tempo si fosse esteso il requisito. Ometterò altre riflessioni che potrebbero farsi: e dirò solo, che furto non è se non sui mobili; onde se per lungo tempo nella legislazione romana al solo ladro fosse stata interdetta l'usucapione, dir converrebbe che per altrettanto tempo fu questa permessa agli invasori di fondi. Immoralità inconciliabile con gli « egregii veterum mores » de'quali, trattando precisamente di antiche opinioni sulla natura del furto, parla Gellio nel passo *N. A. XI, 18*. Nè mi sembra che utilmente replichi Stintzing *pag. 40 segg.*, argomentando sul medesimo passo di Gellio, come fosse antica opinione che furto avesse luogo anche ne'fondi. Gellio (lo dicemmo già nel § 332, n. 1) annuncia solamente, che fra le cose, le quali prese sugli antichi si trovano nel libro di Sabino *de furtis*, v'è pure ciò che « vulgo inopinatum est » il potersi commettere furto non solo nelle mobili cose ma pur anco nelle immobili. Non dice punto, che fosse giammai stata questa sentenza prevalente, come neppure che Sabino fosse stato della sentenza medesima (d. § 332, n. 1). Anzi il contrario apprendiamo da Gajo *II, 51*, che ne parla come di opinione di alcuni, e non come di generale e ricevuta giammai « *eorum* sententia, qui putaverint, furtivum fundum fieri »; e più chiaramente dal medesimo *l. 38, h. t.* (riportato nel *§ 7, I. h. t.*) « *quorumdam* veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri ».

§ 496.

Secondo me nel dritto romano la buona fede quanto alle usucapioni deve definirsi: L'opinione del possessore, che, trattando la cosa da padrone, ei non faccia torto a dritto di padronanza. [1] La ragione poi di tale requisito della usucapione credo consistere nella moralità. Onde Gajo la *pro herede usucapio*, che si fa senza b. f., chiama *improba*, *II*, *55*. [2] — La buona fede così definita può esistere anche in un possessore che non si ritenga per padrone, come viceversa può mancare in un possessore che padrone si creda. Ed in primo luogo può quella b. f. ritrovarsi in chi non si creda padrone. Quando l'usucapione avviene per la prima categoria di mancanze di dominio (§ 487), siccome ivi anche per equità e natural ragione il dominio non è nell' usucapiente ma in altri, cosi per la b. f. è necessario che quello ignori la verità dell'altrui attuale dominio, creda per errore se stesso il proprietario: appunto perchè altrimenti saprebbe di usar torto a dritti di dominio altrui. E poichè chi è padrone non può, in quanto è tale, usucapire; quindi è necessario, che egli non abbia coscienza della usucapione che sta compiendo. Per essere il capo, di cui parliamo, il solito in dritto giustinianeo, e perchè la credenza del proprio dominio per lo più nasce dalla opinione che il nostro autore fosse il padrone avente facoltà d'alienar la cosa; si spiega come molti testi fissino in quest' ultimo punto la esistenza della b. f., *l. 27*, *de contr. emt.*, *l. 2*, *§ 8*, *pro emt.*, *l. 109*, *de V. S.*, *pr. I. h. t.*, [3] *Gaj. II*, *43*. Ovvero la fissino (che equivale) nello essere stato colui, da cui avemmo, autorizzato

[1] Questo torto può talvolta collegarsi con un pensato altrui dritto di dominio, che non sia attualmente ma sia stato, § 498.

[2] Ciò non importa, che manchi la b. f. propria del nostro trattato, e perciò sia preclusa la usucapione, ogni volta che venga fatta qualche offesa alla morale nel largo senso della parola; cf. d. § 498.

[3] Teofilo *ad pr. I. h. t.* compone così una formale definizione della buona fede « bona fide *δέ ἐστι τὸ πιστεύειν με, δεσπότην ἐιναι τον πεπρακότα, ἢ δωμησάμενον, ἢ ἐξ ἄλλης εὐλόγου αἰτίας, ὁιον ἀπὸ περμουτατίονος ἤτοι ἀνταλλαγῆς παραδεδωκότα* »

come procuratore o tutore del padrone, *l. 14, pro emt., d. l. 109, de V. S.* [4] — Però anche in questa prima categoria di mancanze di dominio può talvolta esistere la b. f. senza creder

---

[4] Può concepirsi qualche caso, in cui stiamo in b. f. anche sapendo d'aver preso da non padrone; vale a dire nelle circostanze, nelle quali il sapere di non aver preso dal padrone non porta coscienza di mancanza di dominio in noi, e di far torto ad altrui dritto di proprietà. La specie si trova nella *l. 5, pr. vers. Si id quod, pro derelicto* « Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat: nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit. » Molte opinioni sono state esposte su questo frammento. La difficoltà sta nel dichiarare come Pomponio parli di usucapione su cosa che essendo stata *pro derelicto habita* dal padrone, cadde certo in proprietà di chi la occupò, e poscia di chi comprò da questo. MAYER *Zeitschr. f. g. RW. VIII, pag. 49, segg.* cerca di spiegare facendo la specie, che, abbandonata la cosa dal padrone, quello che l'occupò non avesse notizia della derelizione. Ma così Mayer non spiega abbastanza. Giacchè esso ammette, che costui avesse l'animo di possedere da padrone; lo che posto, esso avrebbe acquistata la proprietà della cosa resa *nullius*, benchè credesse di prendere una cosa altrui, arg. *l. 9, § 4, de jur. et facti ignor.* (§ 504). Pecca pure a mio avviso di difetto la specie di Zimmern *Rhein. Mus. III, pag. 357,* il quale dice, che chi prese la cosa abbandonata dal padrone non ebbe l'animo d'occuparla: mentre non aggiungendo altro alla specie, l'animo di padrone risulterebbe inevitabilmente dalla vendita che poscia fece. Non più felice mi sembra lo STINTZING *p. 68, seg.* supponendo, che un non padrone ebbe *pro derelicto* la cosa, un secondo l'occupò e la vendè ad un terzo. Certo che in tale specie sarebbe luogo ad usucapione. Ma in che consisterebbe la singolarità della medesima onde Pomponio ne faccia special menzione? Non è che il caso di compra vendita di cosa non appartenente al venditore; mentre è pienamente indifferente il motivo pel quale non gli appartenesse, e si trovasse presso di lui sia per abbandono di non padrone sia per altro evento qualunque. Inoltre inutile pienamente sarebbe la circostanza notata dal giureconsulto, che il terzo, cioè il compratore, sapesse precisamente avere il secondo occupato la cosa come derelitta (« ego sciens in ea causa esse »); poichè, o sapesse ciò od ignorasse, sempre sarebbe ammesso ad usucapire purchè credesse il suo autore divenuto precedentemente padrone in modo qualsiasi. Finalmente non s'intenderebbe, come Pomponio pronunci come ragion di dubitare la real mancanza di qualunque dominio nell'autore (« nec obstare quod in bonis tuis non fuerit »): mentre anzi appunto per essa si parlerebbe di usucapione; e se l'autore avesse avuto alcuna proprietà, di relativa usucapione non si potrebbe trattare. Nè mi pare che lo Stintzing spieghi bene questi due incisi di Pomponio quasi che il giurecon-

se stesso il padrone. Ciò vedremo verificarsi nelle donazioni fra conjugi, e precisamente nel caso del conjuge a cui l'altro conjuge abbia donato cosa che l'accipiente creda essere del

---

sulto abbia voluto dire: Benchè l'usucapiente in genere sappia come il suo autore sia pervenuto a prendere la cosa (« ego sciens etc. »), pure non si richiede da lui che faccia un'indagine più esatta su tale avvenimento (« nec obstare etc. »). Se i pensieri contenuti nei due incisi fossero, come Stintzing suppone, inseparabilmente uniti nella formazione di una ragione di dubitare, si troverebbero accanto nel discorso del giureconsulto così « nec obstare, quod ego scirem in ea causa esse, et in bonis tuis non fuerit »; non già spezzati, uno nella narrazione del fatto e l'altro nella decisione. — A me sembra che la specie di Pomponio sia la seguente: Un non padrone ebbe *pro derelicto* la cosa. Un secondo credendo che quel primo fosse padrone, ed ignorando che egli ebbe *pro derelicto*, trovata la cosa, la tenne, come smarrita, in custodia per il medesimo. Un terzo, che parimenti credeva il primo padrone, ma sapeva che esso avea avuto *pro derelicto*, volendo avere la cosa, si presentò al secondo che la riteneva. Siccome però questo perseverava nella credenza che la cosa non fosse stata abbandonata, non glie la diè se non vendendogliela a buon prezzo, intendendo e credendo di far così un *negotium utile* al primo. (Non è a dubitare, che fra le speci di *negotiorum gestio* ci sia pur la vendita, *l. 9, de neg. gest.*, *l. 19, C. eod.*, *l. 3, C. de R. V.*, *l. 20, C. fam. ercisc.*). Se avesse avuto *pro derelicto* il proprietario della cosa, senza dubbio passerebbe nel terzo il dominio di questa. Non già in forza della vendita e relativa mancipazione o tradizione; perchè così passano le cose altrui, e non le *nullius*, quale nell'ipotesi sarebbe l'abbandonata, che nè sarebbe in dominio del padrone antico che l'abbandonò, nè del secondo che la prese senza animo di acquistarla. Il dominio passerebbe nel terzo in forza del suo prenderla ed averla coll'animo di padrone, al che egli, attese le circostanze, potè arrivare solo mediante la compra; appunto giusta la natura delle cose *nullius*, le quali cedono in dominio di chi se le pigli con animo di farle proprie, in qualunque modo a tal presa arrivi. Attesa poi la mancanza di dominio dello avente *pro derelicto* nella fatti specie di Pomponio, resta al terzo che ei possa usucapire; valendosi, per ragione identica alla esposta or ora, non del titolo di compra ma della occupazione; usucapirà *pro derelicto* (su questo titolo di usucapione vedi anche § 531). E ciò dice il nostro frammento, situato per questo sotto il titolo *pro derelicto*. Pertanto ecco un caso, in cui credenza di proprio dominio e buona fede esistono in chi sa che non era padrone colui da cui prese. Questo precisamente viene espresso dalle parole di Pomponio « nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit »; le quali intender si debbono non obbiettivamente ed assolutamente (chè allora meglio che la ragion di dubitare darebbero la ragione vera per cui si tratta

donante mentre è d' un terzo. Com' anche nel caso della cosa propria donata dal conjuge all'altro conjuge, e da questo venduta ad un terzo sciente; che è il caso del secondo periodo della *l. 5, pr. pro derelicto*, come accennavo nella not 4, fi.

§ 497.

È nelle usucapioni che si operano nel difetto di dominio espresso nella seconda categoria (§ 488, 489), dove la buona fede, come l'abbiam definita, si concilia abitualmente colla cognizione di quel difetto ben noto all'usucapiente, e perciò colla sua coscienza della usucapione. Appunto perchè, non ostante tali notizie, il possessore sa di non far vero torto al padrone, sapendosi autorizzato a padroneggiare esso stesso sulla cosa [1]. Autorizzato, o dalle ragioni di equità e di convenienza, riconosciute dal dritto (d. § 488); o da queste insieme ed anche dalla volontà del padrone (d. § 489). Come ne' casi ai quali accennavamo in fine del precedente paragrafo troviamo l'autorizzazione nella sola volontà del padrone; mentre anche se il possessore talvolta sia destituito da ogni assistenza della legge, non può dirsi che padroneggiando sulla cosa faccia veramente torto ad un proprietario, il quale a tal padroneggiare acconsenta.

---

di usucapione, come già dicemmo), ma subiettivamente e relativamente alla scienza del compratore. La buona fede esiste, appunto perchè tali sono le circostanze, che lo aver preso da un padrone non impedirebbe da per se il trasferimento del dominio, mentre le cose *nullius* si acquistano anche senza esser date da alcuno. È impossibile che chi prende creda di far torto ad altrui dritti di proprietà. — La interpretazione da noi data spiega l' unione delle idee che esiste fra il periodo che abbiam cercato di spiegare nella *l. 5, pr.* ed il periodo seguente nella medesima; ove parimenti si tratta d'un caso, nel quale altri sapendo, che il proprio autore non era proprietario, pure è in b. f. perchè sa di non far torto al proprietario vero. Sol distinto dal caso precedente in questo, che nel seguente periodo è pure la scienza di non esser padrone, e però la coscienza di usucapire, § 511, n. 1.

[1] Anche nel caso misto trattato nel § 490, se la b. f. non si concilia con la cognizione di ambedue i motivi del mancante dominio, ben si concilia con quello del motivo di rigore destituito di legale equità. Qui pertanto c' è nell' usucapiente quanto ad uno dei detti motivi ignoranza ed errore; quanto all'altro scienza, e coscienza di usucapire.

§ 498.

D'altra parte dicemmo, che la b. f. e perciò la facoltà di usucapire possono mancare con tutto che il possessore si creda padrone. Quando cioè sappia che il suo creduto dominio manchi di legale equità, e così pensi di usar torto al precedente padrone. Ciò avviene, allorquando altri riceva una cosa in pagamento da chi erroneamente si credeva debitore di lui; ed, ignorando che la cosa stessa non era in proprietà di chi così la pagava, abbia però notizia di quel suo errore. Egli nelle ordinarie circostanze si crede divenuto padrone (§ 380), ma senza equità in modo da essere esposto alla *condictio indebiti*; quindi non può usucapire anche per mancanza di b. f., [1] *l. 48, h. t., l. 2, pr. vers. Si tamen, verb. ignoranti, pro emt., l. 3, pro suo.* Altro caso nella *l. 7, § 6, pro emt.* del compratore, il quale, corrotto il procuratore del creduto proprietario, si fece vendere da esso la cosa a prezzo minore di quello che avrebbe potuto trovarsi. Il contratto vale, e la susseguente tradizione è disposta a spiegare la sua efficacia, [2] e così il compratore può credersi diventato padrone. Ma l'iniquità di cui è conscio, e la grave frode che sa d'aver commessa a carico del creduto precedente padrone, fan sì che il dritto nostro non riconosca in esso buona fede. [3] — Però è da osservare, che il sentimento d'iniquità, il quale pregiudica alla b. f. ed alla usucapione, deve consistere nella coscienza d'arrecare nocumento ingiusto al padrone, ed essere perciò stimmatizzato dalla legge positiva così da importar l'effetto che

---

[1] Anche pel difetto di *justa causa*, come vedremo a suo luogo (§ 529).

[2] Vedi anche *l. 7, § 9, l. 14, de dol., l. 8, § 1, mand., l. 9, de dol. mal. et met. exc.* Diversamente nel caso di eccesso di mandato, trattato nella *l. 1, § 3, de exc. rei vend.*

[3] Giuliano parlava dell'usucapione da compiersi da chi aveva ricevuto per mera tradizione dal procuratore la cosa realmente appartente al mandante: come apparisce dalla conchiusione del testo. Ma i compilatori preferirono certamente, che il frammento avesse ad intendersi della usucapione qual'era rimasta a loro tempi.

abbiamo descritto. Imperocchè non ogni immoralità, che si trovi nell'atto di acquisto, pregiudica alla b. f. della quale parliamo o reca impedimento all' usucapione; come non ogni immoralità importa la coscienza d' un vero torto usato al padrone. Una specie si trova nella *l. 8*, *pro emt.*

§ 499.

Dalle cose esposte s' intende che s'abbia a pensare nella quistione, se la buona fede esser debba positiva o basti la negativa, onde venga soddisfatto al relativo requisito per la usucapione. Vale a dire: Si richiede che l'usucapiente abbia precisamente la mente di esser padrone o (per parlare più generalmente) di non usare ingiuria ad altrui dominio; ovvero basta che non abbia la mente contraria, basta l'assenza della coscienza del torto, l'*absentia malae fidei*? Fra coloro che si contentano della negativa, come Savigny *Syst. III, append. pag. 360*, e Stintzing *pag. 125*, e coloro che esigono la positiva, come Windscheid *§ 176, n. 3;* sottoscrivo ai secondi. I testi che trattano i casi di usucapione, onde noi facemmo la prima categoria (§ 487), esprimono la necessità di un errore che accompagni l'usucapione: vale a dire dicono non solo che sia necessario lo ignorare la mancanza di facoltà nel proprio autore, e di dominio in se; ma il credere erroneamente nella presenza di tal facoltà, di tale dominio. Esprimono un operatore attivo all' usucapione. [1] Inoltre se all' usucapione bastasse l'assenza della m. f.; non ci sarebbe ragione perchè secondo le leggi nostre vi fosse necessario, che il possesso siasi avuto coll'animo presente di dominare (§ 493, n. 1). Anzi la esistenza di tale presente animo suppone necessariamente la esistenza d' una positiva credenza. Ossia quel presente animo conviene che sia accompagnato da una qualche positiva opinione sul conto del dritto di dominio; non essendo possibile, che altri voglia dominare e non abbia un' idea po-

[1] Vedi i testi citati § 496; agg. *l. 31, pr. h. t., l. 2, § 15, 16, pro emt., l. 5, pr. § 1, pro suo.*

sitiva sulla giustizia od ingiustizia di cotesta sua volontà. Ben si potrebbe immaginare che egli fosse in uno stato di dubbiezza e d'incertezza. Ma testi chiari escludono dalla facoltà d'usucapire chi si trovi in tale stato; come Voet *ad h. t. n. 6* ben riflette sulla *l. 4, § 1, pro emt.*, alla quale può aggiungersi anche la *l. 4. pr. eod.* [1] — Un altro testo, che direttamente prova la nostra opinione, è quello di Pomponio *l. 32, § 1, h. t.*; testo scritto in questione di usucapione per doppio motivo di mancante dominio (§ 490). Fu da un non padrone, e senza mancipazione, consegnata una cosa inusucapibile, poni furtiva, a Tizio il quale sapeva di questo vizio. Per Tizio usucapione non corre per fermo; non solo per la indicata qualità della cosa in se, ma perchè, essendo tal qualità nota a Tizio e così pensando egli di far torto al proprietario, gli manca la buona fede. Quando si tratta di difetto di dominio per mancanza di mancipazione, il possessore è al giorno dello stato della usucapione; cioè sa che, se può pervenire al dominio, lo può solamente per mezzo di questa (§ 497). Onde è che nella ipotesi, qual'è la surriferita, che la cosa sia furtiva e per legge inusucapibile, la ignoranza di tal qualità e la relativa opinione di non far ingiustizia al padrone, insomma la presenza della b. f., può esprimersi o così: Non crede, che non gli sia per legge lecito lo usucapire (negativamente), o così: Crede che gli sia per legge lecito lo usucapire (positivamente). E viceversa la scienza di detta qualità, l'opinione d'usar torto al padrone, la mancanza di b. f., può enunciarsi o così: Crede che non gli sia lecito per legge di usucapire (espressione corrispondente alla detta negativa enunciazione della b. f.), o così: Non crede essergli per legge lecito l'usucapire (espressione corrispondente alla surriferita enunciazione positiva della b. f.). Ora Pomponio per esprimere la mancanza di b. f. in Tizio (« non bona fide videatur possidere »), non dice già « putat

[1] Cf. § 174. — Laddove eccezionalmente si compie l'usucapione da alcuno senza l'animo proprio di esso (tale è il caso del padrone per le cose possedute dal servo *peculiari nomine* § 245), basta in esso l'assenza della m. f., *l. 2, § 13, pro emt.*

sibi per leges non licere usucapere », ma dice « non putat sibi per leges licere usucapere. » Sceglie la espressione, che suppone e richiama il teoretico concetto positivo della b. f. [3]

§ 500.

Alla opinione, che difendiamo sulla positiva natura della b. f., non fanno ostacolo que' testi, ne' quali, parlandosi di usucapione che si opera per mancanza di potestà nell'autore a trasferire il dominio (prima categoria, § 487), si dice che non si può usucapire, se si sappia d'acquistar cosa da chi non avea dritto d'alienarla, *l. 12, l. 38, h. t., l. 2, § 1, 17, l. 7, § 4, 5, pro emt.*, o che si può usucapire se non si sappia d'acquistare cosa non appartenente allo alienante, *§ 111, fragm. vat.* Poichè in primo luogo se è vero parlando in astratto, che non sempre all'ignoranza della verità va unita un'erronea credenza contraria; è pur certo, che laddove c'è un'erronea credenza deve necessariamente esistere l'ignoranza del vero. Onde il dire, che il vero non è ignorato da chi conosce il difetto di facoltà nello alienante, è escludere necessariamente l'opinione erronea della esistenza della facoltà medesima, ossia escludere la buona fede. Insomma que' frammenti, che dicono non poter usucapire chi sa di acquistare la cosa da chi non ha il relativo potere, stabiliscono la giustissima massima, che non può usucapire chi sta in m. f.: lo che però non importa affatto, che per usucapire basti l'*absentia malae fidei* e che non si richieda una b. f. positiva. In secondo luogo, provammo nel paragrafo precedente, che nello stato della legislazione

---

[3] Che Pomponio trattasse d'una usucapione per difetto di dominio, proveniente anche da mancata mancipazione, oltre la mancanza di proprietà nello alienante, risulta chiaro dallo stesso trattare che esso fa della coscienza di usucapire come di concetto procedente in pieno accordo colla facoltà d'usucapire. Concorda il contesto col *princ.* di essa legge, ove precisamente Pomponio tratta della usucapione d'una cosa furtiva, che poscia il ladro abbia comperata dal padrone senza mancipazione, e ottenuta per semplice tradizione. — Del resto sul *§ 1, d. l. 32* tornerò § 507 e 513 n. 1, per interpretare altre espressioni.

romana, ove alla dubbiezza ed incertezza dell'opinione è la usucapione negata, non è possibile che nel possesso, qual'è quello relativo alle usucapioni, non vada unita all'ignoranza del vero la positiva credenza del falso. E così laddove leggiamo che può usucapire chi ignora il vero, è come se leggessimo che può usucapire chi è in positivo errore. Così i frammenti, de' quali parliamo, si compongono con que' molti che esigono positiva la b. f. (paragr. preced.): così si spiega il perchè in alcuni testi indistintamente si parla e dell'ignoranza, e dell'errore positivo, come nella *l. 3*, *pro suo* e nella *l. 109*, *de V. S.* — Mi sembra che a torto il Savigny argomenti alla negativa intelligenza della b. f. dal principio, che chiunque accusa il suo avversario di m. f. è in dovere di fornirne la prova. Questo è argomentare supponendo già sciolta la questione. Ammettiamo, che l'usucapiente non deve provare la sua b. f., ma deve l'avversario provare il contrario. Onde se per combattere per questo capo la usucapione non ci fosse altra via che l'asserzione della mala fede nell'usucapiente; qui rimarrebbe la disputa, l'avversario non avrebbe certamente per vincere altro modo che il provare tal mala fede. Se non che secondo il nostro avviso, che ci sembra d'aver dimostrato, è falso il supposto. Quantunque per lo più la mancanza di b. f. si combini colla presenza di m. f.; però è vero che quella può mancare, e così cessare la usucapione, anche provato lo stato incerto e dubbioso dell'animo dell'usucapiente, giusta le *l. 4*, *pr.*, *l. 6*, *§ 1*, *pro emt.*

§ 501.

Dobbiamo adesso trattare colla conveniente larghezza l'agitata questione, se sia possibile che b. f. ed usucapione s'abbiano a riconoscere, benche il possessore creda erroneamente di non essere, per un motivo falsamente pensato da lui, autorizzato dalle leggi a trattare la cosa da padrone. Tale questione non si può attuare nella specie, che altri abbia con piena legalità di forme avuto la cosa dal padrone, credendo di prenderla da un non padrone: poichè in tale specie il

dominio sarebbe stato fin d'allora acquistato, come fra poco vedremo dalla *l. 9*, *§ 4*, *de jur. et fact. ignor.*, nè di relativa usucapione si parlerebbe. Altre speci convien supporre. Eccone una: Prendo dal padrone per semplice tradizione senza mancipazione, mentre credo per errore, che egli non sia padrone od anche che la cosa sia furtiva. Principalmente poi, e più ordinariamente, la controversia può stabilirsi riguardo alla causa del possesso che, come esporremo, è alla usucapione necessaria. Datami la cosa da uno, che supponevo essere il proprietario, sotto condizione sospensiva, e verificatasi tal condizione, io però credo che essa tuttora rimanga in sospeso. Una cosa fu veramente avuta *pro derelicto,* benchè da tal persona la quale non n'era la proprietaria; io la piglio, e padroneggio su essa, ignorando però assolutamente quello avvenimento di abbandono. — Siccome poi quasi sempre nelle fattispeci, nelle quali la nostra controversia si produce, si trova nella realtà e verità la presenza di tutti que' requisiti, che, prescindendo dall' ispezione dello stato dell'animo nel possessore, sono necessarii ad usucapire, mentre nel possessore trovasi la credenza che alcuno di que' medesimi requisiti sia mancante; così facilmente si può la questione riprodurre nel seguente modo. La real presenza dei cennati requisiti della usucapione farà sì, che dunque l' usucapione abbia luogo; ovvero dalla creduta mancanza di alcuno de' medesimi sarà l' usucapione impedita? Insomma quasi sempre può stabilirsi la questione come una parvenza, come una diramazione della vasta indagine, se *plus sit in veritate quam in opinione* ovvero il contrario.

§ 502.

Non pochi credono, che un' erronea supposizione, benchè generi veramente m. f., pure non noccia all' usucapione; e che la esistenza del titolo e la usucapibilità della cosa soddisfino pienamente all'occorrente per la usucapione medesima, quantunque sia nell'opinione del possessore o che titolo non esista o che la cosa non sia usucapibile, prevalendo la verità alla

opinione. E così pensano non solo quegli scrittori, che per capital requisito della usucapione segnano il titolo, e la b. f. riguardano solo come un supplemento quando realmente la *justitia tituli* sia mancante [1]; ma anche, nella maggior parte, quelli, che pur nella b. f. ravvisano un requisito capitale. Si valgono comunemente della *l. 2, § 2, pro emt.* [2]. Vedremo, come questa opinione sia poco ragionevole ed opposta ai testi, contradetta e non confermata dalla *d. l. 2, § 2.* — Il Savigny *Syst. III, pag. 359, n. a.* crede, che l'errore, di cui nella questione, non noccia alla usucapione se sia error di fatto, le noccia se sia di diritto [3]. Opinione ancor questa non accettabile. Oltre che Savigny quanto all'errore di fatto sembra cadere nell'istessa mancanza di ragione ed opposizione coi testi, nella quale cadono i fautori della prima opinione (del che vedremo in appresso), v'è da notare contro esso in ispecie, come sembri in quella sua veduta sconvolto il regolar carattere degli errori di dritto e di fatto. Qual'è, che il primo non sia credibile e s'intenda affettato, di modo che rapporto ad esso la individuale opinione sia indifferente e non calcolata; mentre il secondo è credibile e viene tenuto in calcolo. Onde nella nostra controversia la m. f. generata da errore di fatto dovrebbe essere più riconosciuta e perciò più nocente alle usucapioni di quella formata da errore di dritto [4].

§ 503.

Per raggiungere la soluzione del presente problema è indispensabile definir prima esattamente, se in genere sia più

---

[1] P. e. SCHEURL *Beiträge II, 1, § 11, p. 57.*

[2] Sogliono servirsi ancora delle *l. 44, § 4, h. t., l. 25, de d. i. v. e. u., l. 3, pro don.*, e di altri testi, de' quali parleremo. Ma alcuni o si valgono della sola *l. 2, § 2, pro emt.* escludendo gli altri frammenti come nulla provanti (così WINDSCHEID *§ 177, n. 9*), o le aggiungono chi uno e chi altro dei frammenti medesimi a guisa di argomento indiretto (come VOET *ad h. t. num. 5*, e STINTZING *pag. 77, segg.*).

[3] Già l'Hotomanno avea scritto, che in genere nell'errore di fatto prevale la verità, nell'errore di dritto può maggiormente l'opinione.

[4] Giusta osservazione di STINTZING *pag. 76.*

nella verità o nella opinione, prendendo, naturalmente, di mira in questa larga indagine solo il punto di vista relativo al detto nostro problema. Ossia bisogna scrutare sotto la guida della ragione e de' più notevoli frammenti, se, posto che un atto venga fatto in un'erronea opinione secondo la quale esso atto sarebbe invalido, mentre nella verità nulla mancherebbe alla validità sua, l'atto abbia a ritenersi per valido tenuto conto della verità, o per invalido tenuto calcolo della opinione. Messi per poco da banda i frammenti, che direttamente sono scritti sul problema della b. f. che ci conduce a questa indagine, e de' quali dopo compiuta la indagine stessa parleremo in linea di applicazione; sembra fra testi esistere contradizione. Per ritenere, che alla opinione prevalga la verità, sta il noto frammento di Paolo *l. 9*, *§ 4*, *de jur. et fact. ign.* Trattando di colui, che comprò e prese una cosa credendo che il tradente non fosse il padrone, mentre lo era; il giureconsulto afferma l'acquisto del dominio e il principio « plus in re est, quam in existimatione mentis ». Lo stesso principio viene applicato ed espresso da Giuliano *l. 4*, *§ 1*, *de manum. vind.* nel decidere, che se il padrone manomise il servo che era veramente suo, mentre o il manomittente non lo credeva suo, o il manomesso non si credeva servo del medesimo, od anche ambedue gli errori concorrevano, si giudicherà il servo esser manomesso e liberato. Anche nel *§ 11*, *I. de legat.* è da Giustiniano proclamata la validità d'un legato scritto di una cosa veramente appartenente al testatore, il quale però credeva che già appartenesse al legatario (cf. *§ 10*, *I. eod. tit.*); resa la ragione « nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione ». — Ma per converso che più sia nella opinione che nella verità, è detto da Ulp. *l. 15*, *de acq. vel om. hered.*; il quale parlando di un erede veramente volontario, ma che si credeva necessario, e che pur ripudiò, risponde che nulla è la ripudia « nam plus est in opinione, quam in veritate ». Altri testi, ne' quali la stessa massima trovasi applicata se non espressa, vedremo nella seguente esposizione.

§ 504.

Ecco cosa convien ritenere secondo il mio avviso. In genere, siccome la giustizia ed il valore delle cose sono regolate costantemente dalle leggi e non dalle variabili opinioni dei singoli cittadini, convien stabilire esser più nella verità che nella opinione; doversi dir valido quel che avviene a seconda di tutte le regole, senza riguardo alle individuali estimazioni: come invalido è ciò che non si trovi in accordo colle leggi, nè dà alcun riparo la opinione contraria delle persone. Ma precisamente sulle basi di queste massime convien ricordare, che in quegli atti, che l' individuale volontà componga, la volontà medesima, e l' intelletto che la determina, per chiara ragione e per disposizione delle leggi sono indispensabili alla loro esistenza. Onde se la opinione benchè erronea di fare un atto invalido sia tale da viziare e togliere la volontà, convien che l'atto sia invalido e nullo. Pertanto la regola è, che l'atto valga, finchè venga dimostrato che tale sia nel suo autore la credenza di obiettiva invalidità, che egli in tale stato d'animo non potesse seriamente volerlo. Così si spiega la *d. l. 9, § 4, de jur. et facti ignor.* Volontà di acquistare il dominio era in colui che prendeva la cosa, benchè credesse di prenderla da un non padrone. Certo non era assurdo che ei volesse acquistarla; poichè non essendo per lo innanzi sua, ottimamente si concepisce in lui la intenzione di cominciare ad averla. E che in realtà tale intenzione avesse, volesse acquistarne il dominio; lo mostrò evidentemente col comprarla e prenderla: mentre questi sono gli atti che gli uomini adoprar sogliono onde acquistare i dominii. Ammettiamo, che, per quella credenza di prendere da non padrone, quella sua volontà d'acquistare il dominio non poteva essere assoluta e precisa; dacchè non può la volontà dirigersi a ciò che si giudica impossibile. Ma ben era compresa in complesso ed implicitamente nella volontà, che egli comprando e prendendo manifestava, di voler aver quella cosa quanto più fosse realmente possibile. In questo volere, sul quale non può cader dubbio, trovasi in

certo modo necessariamente inviluppata anche la volontà al dominio. Se il venditore tradente potè, come padrone in realtà, trasferirgli il dominio, non può non deve a questo trasferimento cercarsi un ostacolo nella volontà dell'accipiente, che anzi al medesimo trovasi sommamente e avidamente disposta. A queste riflessioni si aggiunga, se si voglia, la generale osservazione che gli atti degli uomini van sostenuti finchè si possa. Il frammento nella *l. 9*, *§ 4*, *de jur. et fact. ignor.* è spiegato [1]. Con simili osservazioni si spiega l'altro nella *l. 4*, *§ 1*, *de man. vind.* Fatta pure la più grave delle ipotesi trattate da Giuliano, dell'errore e nel manomissore e nel manomesso, vero egli è, che niun de' due aver poteva una netta e precisa volontà di dare o ricevere la libertà. Ma da una parte non era punto assurdo che uno bramasse reso libero chi attualmente era servo, e che questo bramasse a se medesimo la libertà. Dall'altra poi l'istesso innegabile avvenimento della manomissione, atto destinato a dare e ricevere le libertà, dimostra che quel desiderio, quella volontà, esisteva in ambedue. Esisteva complessivamente nel volere, evidentemente espresso coll'atto di manomissione, che il manomettente facesse pel manomesso tutto ciò, che a rilevare questo dalla servitù, quello potesse prestare e questo avere da lui. Se in realtà il manomettente poteva dare la libertà, allo sviluppo di questa niuna delle due volontà è nimica, ma anzi amicissima. Questa ragione, e, se si vuole, la riferita osservazione sul doversi gli atti umani sostenere, formano la spiegazione di quest'altro frammento. Ove Giuliano, ragionando appunto sull'ordine d'idee che abbiamo esposto, nello stabilire la validità dalla manomissione si riporta precisamente alla esistenza della volontà « Stichum voluntate domini manumissum esse ». Nè ai nostri raziocinii fa ostacolo l'altro testo

[1] Non è necessario per spiegare la *l. 9*, *§ 4* correggervi il « mentis » in « ementis », come altri ha tentato. — Si vede a colpo d'occhio la differenza che corre fra la volontà implicita d'acquistare il dominio d'un oggetto determinato, della quale abbiamo qui parlato, e quella volontà generica d'acquistare un oggetto senza determinazione, della quale parlammo § 260.

nel *§ 11*, *I. de leg.*, nel quale sembra doversi dire mancante affatto la volontà di far legato in chi lega al supposto proprietario della cosa, assurdo essendo che si dia a chi ha e che nostro ulteriormente divenga quel che già è nostro *§ 10*, *I. eod.* Imperocchè la invalidità del legato di cosa già al legatario spettante, non deriva dallo essere il legato medesimo assolutamente impossibile e assurdo, e perciò non seriamente voluto. Se è assurda ed impossibile la presente traslazione di dominio in chi oggi lo abbia [1]; non lo è quella rimessa al futuro, perchè nell' intermezzo può ben accadere che chi oggi è padrone cessi di esserlo. Ora nei legati trattasi precisamente di trasferimento rimesso ad epoca posteriore alla morte. Pertanto in quel legato non mancherebbe ragionevole e seria volontà. La suddetta invalidità è dovuta ad altra ragione di dritto meramente positivo, alla regola catoniana « Quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere ». Or siccome quel legato sarebbe inutile se al tempo del fatto testamento fosse morto il testatore, per il presente dominio nel legatario; così non potrà per la catoniana valere in alcun tempo posteriore, neppure se prima della morte del testatore abbia il legatario perduto il dominio. Le parole del *d. § 10*, *I.* sono in piena armonia col nostro discorso. Veniamo al *§ 11*. Si ponga, che la cosa, creduta dal testatore del legatario, in verità non lo sia. Il pensiero, che la cosa appartenga al legatario, non rende, lo vedemmo or ora, impossibile la volontà di scriverne un legato ad esso in vista del caso che quel dominio cessi prima che *dies cedat*. C' è dunque la volontà di legare in quanto che il dominio del legatario non impedisca l'esito del legato: e questa volontà evidentemente non è turbata, se piuttosto che cessare un dominio esistente all'epoca dello scritto legato, il dominio medesimo fin d'allora non esisteva. L'errore non è sostanziale, non tale che, se al testatore fosse apparsa la verità, egli non avrebbe voluto: mentre anzi è

[1] Onde la *l. 3*, *§ 8*, *de cond. caus. dat.* « cum tibi nummos meos, quasi tuos do, non facio tuos ».

da ritenere, che, ove saputo avesse come neppur lo stato attuale delle cose all'epoca in cui componeva il testamento fosse avverso alla esecuzione del suo volere, avrebbe con miglior animo scritto il legato. Pertanto sulla presenza della volontà non è a dubitare. Quanto alla regola catoniana, certamente non forma ostacolo; mentre non avendo avuto il legatario il dominio all'epoca del fatto testamento, il legato poteva avere ottimamente il suo esito, seppure il testatore fosse morto allora immediatamente. Questo raziocinio è confermato dalle parole del *d. § 11;* quando per render ragione della validità del legato, di cui in quella specie si trattava, a differenza dell'altro invalido, di cui si era parlato nel preced. *§ 10*, non viene già segnalata la presenza della volontà del testatore, ma si dice « valere constat: quoniam exitum voluntas defuncti habere potest ». Cioè perchè il volere del testatore, che nel caso del *§ 10* esiste sì ma per la regola catoniana non può giammai esser condotto ad effetto, nel caso del *§ 11* può avere il suo esito per esserne la medesima regola estranea.

§ 505.

La regola stabilita in principio del paragr. precedente e finora applicata, riceve, come quasi sempre accade nelle regole, una limitazione; che però rientra sempre nell'ordine d'idee sul quale fu da noi quella regola formulata. Vi sono degli atti, i quali per disposizione delle leggi richieggono per la validità non solo la esistenza della volontà, dell'animo, ma certe qualità dell'animo. Allora se l'ignoranza, o l'errore, tolga, se non la volontà in genere, la qualità d'animo specialmente richiesta; l'atto cade non perchè volontà non ci sia, ma perchè non c'è quella tale volontà. Ecco nello adire o ripudiare un'eredità le leggi nostre vollero una singolar fermezza e perspicuità di mente. Onde invalida fu proclamata l'adizione fatta da chi creda, benchè erroneamente, tuttor vivente il testatore, anzi dubiti solamente sulla sua morte; o fatta da chi non sia sicuro se fu puramente istituito o sotto condizione, benchè in verità pura e semplice fosse la sua istitu-

zione; o fatta da chi dubiti se il testatore fosse padre di famiglia o figlio di famiglia, quantunque in realtà fosse in istato da poter testare; *l. 19*, *l. 32*, *l. 34*, *de acq. vel om. her.* Precisamente per queste ragioni, come non vale l'adizione fatta da chi si crede necessario erede benchè in verità sia volontario, *l. 16*, *eod. tit.*, così non vale la ripudia fatta da chi parimenti si crede necessario mentre è volontario, *l. 15*, *eod.* Sempre per la mancanza della desiderata perspicuità della mente. In questo senso quest'ultimo frammento dice « plus est in opinione quam in veritate »; cioè nel caso, per special ragione, l'opinione tuttochè erronea impedisce quella validità, che l'atto avrebbe se la opinione fosse stata in consonanza colla verità. — Un altro esempio è nella *l. 25*, *quem. serv. am.*, della quale parlai § 464. Paolo stabilisce, che se altri, avendo in verità una servitù di passaggio, creda nel passare di non valersi di una servitù ma, per esempio, di una strada pubblica, egli non sembra usare la servitù. Questo perchè pel concetto della *juris quasi possessio* è necessaria la volontà di agire sulla cosa, e precisamente in quella tal forma in che agisce chi vi esercita un dritto di servitù: ora tal forma è con quello stato di animo del tutto inconciliabile.

§ 506.

Entro la cerchia della limitazione, che abbiamo ora sviluppata, deve porsi la nostra questione relativa alla usucapione. Poichè nella usucapione le leggi nostre vogliono un animo fornito di certe qualità, e precisamente della buona fede. Onde viene per logica conseguenza, che se la falsa opinione del possessore, della quale parliamo (cioè di non essere per una determinata ragione autorizzato dalla legge a padroneggiar sulla cosa), sia di tale natura da rendere inconciliabile la credenza in esso di non usar torto ad alcun padrone; allora, mancando la b. f., qualità dell'animo richiesta. non può correre l'usucapione. Al contrario usucapione sarà ammessa, se quell'errore sia con questa credenza conciliabile;

mentre, non pregiudicando alla b. f., lascerà integri i requisiti necessari. — Ondechè ne' tre esempi che facemmo § 501, poichè l'errore in cui incorre il possessore è evidentemente tale da indurre nel suo animo la credenza di far ingiustizia al padrone, nè b. f. sarà, nè usucapione.

§ 507.

Infatti pèl primo caso lo prova la *l. 32, § 1, h. t.* Vedemmo § 499, che nella specie di questo frammento sarebbe stata necessaria all'usucapione la mente di poter usucapire, e che su questo pensiero è negata dal giureconsulto la usucapione « si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere. » Ora soggiunge, che la negazione della b. f. e della usucapione vale « etiam si erret », appunto perchè chi crede esser furtiva la cosa da se posseduta, ha mente di fare ingiustizia al padrone. Lo Stintzing *pag. 85, seg.* e Windscheid *§ 177, n. 9,* ravvisano una singolare opinione di Pomponio, abbandonata dagli altri giureconsulti. Argomentano da ciò, che in altri testi si rinvengano opinioni singolari di Pomponio in rapporto colla stessa *leg. 32, § 1,*; cioè nelle *l. 4, pr. pro suo,* e *l. 46, § 8, de furt.* Ma quanto alla *l. 4, pr. pro suo* vedremo § 535, seg. che è consona alle regole riconosciute da tutti. Quanto poi alla *l. 46, § 8, de furt.*, veramente Ulp. vi riporta e disapprova una special sentenza di Pomponio, il quale riconobbe furto « si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet. » Ma se lì sbagliò Pomponio, troppo peso dando alla ingiustizia meramente subiettiva, e perciò fu ripreso; non è logico conchiudere, che anche nel caso nostro sia eccessivo quel peso che le accorda e che anche qui sia stato corretto. Sbagliò e fu corretto nel caso della *l. 46, § 8,* perchè pel furto, da Pomponio ammesso nel caso medesimo, ci vuol sempre la *fraus l. 1, § 3, de furt.*, la quale non si concepisce esercitata su chi sappia e voglia. Non sbaglia punto e non è corretto nel caso della *l. 32, § 1,* perchè per la usucapione, ivi negata da Pomponio, ci vuole la b. f., e questa non ha luogo in chi è nella persuasione di

usare ingiuria al padrone. — Pel secondo dei casi su ricordati è, come credo, scritta la *l. 2, § 2, pro emt.* « Contra si extitit (conditio), et ignoret: potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum. Est tamen nonnulla diversitas: quod ibi, cum rem putat alienam, quae sit venditoris, affectionem emtoris habeat: at cum nondum putat conditionem extitisse, quasi nondum putat sibi emisse: quod apertius quaeri potest, si cum defuntus emisset, heredi ejus tradatur, qui nesciat defunctum emisse, sed ex alia causa sibi tradi: an usucapio cesset? » Imperocchè è mio avviso, che Paolo, pur intendendo la gravità della nostra spinosa questione e non condannando bruscamente Sabino, non ne approvi la sentenza, ma intenda abbandonarla. [1] Poichè dopo aver detto che « potest dici » con Sabino, cioè che la risposta di Sabino non è poi chiaramente insostenibile, segue « Est *tamen* etc. » E qui Paolo non oziosamente ci avverte della differenza che passa fra la specie dell'ignorata esistenza della condizione e quella di chi compri dal padrone credendo che egli non sia tale; ce ne avverte per significare che diversa esser deve la decisione. Ora siccome nella seconda specie la verità e la sostanza prevale alla opinione, come definisce lo stesso Paolo *l. 9, § 4, de jur. et fact. ign.* (§ 504); dunque il contrario è da ritenersi secondo Paolo nella specie prima, e la opinione vi prevarrà alla verità. Credo, che nell'inciso immediatamente seguente « quod *apertius* quaeri potest etc. » Paolo voglia dare per le usucapioni un'applicazione della massima di Sabino « potior substantia quam opinio » più acconcia, o, com'esso dice nella sua guardinga opposizione, più chiara. Quest'applicazione secondo Paolo ritrovasi a proposito della dimanda, se cessi la usucapione quando sia fatta tradizione ad un erede di chi avea comperato, mentre l'erede stesso, ignorando tal compra, pensa di ricevere per altra causa. Poichè in tal caso è chiaro, che esistendo in realtà il titolo della compra, e il detto er-

[1] Non dissimulo, che diversa da questa mia suol essere la interpretazione degli scrittori. Vedi p. e. CUJACIO *V, 740*, STINTZING *pag. 80*.

rore non essendo tale da pregiudicare alla b. f., l'usucapione non cesserà, [1] l'opinione erronea non avrà alcuna efficacia. — Finalmente pel terzo caso è la *l. 4, pro derel.* Vi è ammessa da Paolo l'usucapione di ciò che « pro derelicto habitum est », ma coll'espressa aggiunta « et haberi putamus. »

§ 508.

Alle cose così stabilite non fa ostacolo la *l. 44, § 4, h. t.* dove Papiniano ammette l'usucapione nel figlio, il quale credendosi tuttora sottoposto alla patria potestà, mentre era veramente reso di suo dritto, comprò e possedè una cosa quasi « ex causa peculiari ». Papiniano afferma la sua b. f. espressamente, a fronte dell'errore in cui versa, e benchè egli debba credere che per la sua supposta condizione non possa aver acquistato a se stesso ma al padre. Eppure parrebbe, che per questa sua credenza debba o non diportarsi affatto da padrone sulla cosa ma ritenerla pel padre (ed allora mancherebbe per l'usucapione il primo requisito § 493); o padroneggiando mancare della b. f., appunto perchè crederebbe far torto al dominio del padre medesimo. Fra le molte interpretazioni date a questo passo di Papiniano, ha la maggiore apparenza di verità quella che trovasi ripetuta da Windscheid *§ 175 a. n. 1, § 176, n. 6;* vale a dire che da una parte il figlio non possedeva la cosa pel padre ma pel peculio che è « quasi patrimonium liberi hominis » *l. 47, § 6, de pecul.*, e dall'altra non avea mente d'appropriarsela ma di nuovo d'acquistarla per il peculio. Però non lascia intendere per chi dunque intendesse acquistare e possedere quel figlio, se non pel padre nè per se ma per questo peculio; come se il peculio fosse cosa *nullius*, ovvero un che capace di dominio sopra se stesso. In verità il peculio è in proprietà del padre (cf. § 249, n. 1); onde se il figlio possedeva al peculio, se voleva acquistare al peculio, tornar sembra la difficoltà, che non s'intende come padroneggiar potesse, o padroneggiando essere in b. f. Osta anche alla interpretazione esposta

---

[1] Cf. *l. 31, § 6, h. t.*

da Windscheid, che, se fosse vero il suo raziocinio, un uomo libero ritenuto in servitù, il quale avesse una specie di peculio da chi così lo ritiene, potrebbe esso stesso usucapire quel che acquista quasi *ex causa peculiari*, allorquando possesso e condizione di usucapire non cadono nell'acquisto dell'altro.[1] Mentre invece è stabilito dalle leggi nostre il contrario (§ 257). Ecco quel che penserei in proposito della decisione di Papiniano. Quando un figlio di famiglia acquista, od entra in qualche modo in un rapporto giuridico, od esercita un potere su cosa acquistata, lo fa così, che acquisti e cose e dritti ed eserciti potere a se medesimo, se possa, altrimenti al padre. Ciò in vista della possibilità, che o già nel momento in che l'atto si compone, o quando in seguito in base di questo atto si attueranno de' dritti, o mentre egli eserciti quel potere sulla cosa, il padre non abbia più la patria potestà, per esempio per morte. Prova di questa massima razionale è nelle *l. 12*, *§ 2*, *mand.*, *l. 47*, *§ 1*, *de fidejussor.*[2] Pertanto nel caso della nostra *l. 44 § 4* il figlio, mentre possedeva la cosa comprata, esercitava il potere e padroneggiava per se, se potesse; se non potesse, pel padre. Sempre in b. f., appunto perchè padroneggiava per se nell'ipotesi che il padre più non avesse patrio potere, e perciò senza usargli torto di sorta. Che questa sia l'interpretazione da darsi a Papiniano vien da ciò confermato, che simile ragione, di volontà d'acquistare a se stesso nel figlio di famiglia, spiega il *§ 7* della legge medesima (§ 251, n. 1.). Papiniano nello scrivere il testo aveva sott'occhio queste idee.

§ 509.

Fin qui de' casi, ne' quali la falsa opinione del possessore, di non essere per certa pensata ragione autorizzato dalla

---

[1] Non v'ha dubbio, che il peculio è *quasi patrimonium* non solo dei soggetti alla patria ma anche dei sottoposti alla dominical potestà, *d. l. 47, § 6, de pecul., l. 5, § 3,* cf. *§ 4, de pecul.*

[2] Altre applicazioni della cennata alternativa abbiamo negli acquisti delle persone *alieni juris*; cf. *l. 7, pr. de acq. vel om. her.* ed anche *l. 40, vers. Nam qui scit, de her. inst.*

legge, importi m. f. e cessazione della usucapione. Ora vediamo quando quella opinione non importi tali conseguenze. Ciò avviene allorchè il possessore creda, che non ostante tale supposta contrarietà delle leggi pure stia per lui e pel suo padroneggiare la piena volontà del proprietario, il quale sia nel perfetto esercizio delle sue facoltà intellettuali. Giacchè non può dirsi che egli pensi di far torto al proprietario medesimo, mentre *volenti non fit injuria*. A questo campo spetta l'agitata questione sull'usucapione di cose donate da conjuge a conjuge. Veramente è nella questione medesima misto un altro punto di difficoltà che non è diretto al requisito della b. f.: ma ne parleremo qui tenendo anche conto di quest'altra difficoltà, perchè si collega così da non ammettere opportuna separazione. — Due pertanto sono le difficoltà che ostar sembrano alla usucapione su cose donate fra coniugi. Prima: la mancanza del titolo, che è, come è noto ed esporremo in seguito, altro requisito necessario all'usucapione; onde Ulp. *l. 16, de a. vel a. p.* « Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur », ossia « sine causa » *Gaj. IV, 144*. Seconda: la mancanza di b. f. che sembra non poter esistere in chi ha coscienza della nullità del titolo e della tradizione; giacchè il dritto nostro, mentre annullò il titolo della donazione fra coniugi, anche l'analoga tradizione volle inetta a trasferire la proprietà [1]. Queste difficoltà sembrano appoggiate da un testo, che è nella *l. 1, § 2, pro donato*, ove Paolo dice « Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio ».

§ 510.

Eppure abbiamo due testi, ove tale usucapione è apertamente riconosciuta. Uno di Terenzio Clemente *l. 25, de d. i.*

---

[1] WINDSCHEID, il quale fonde il requisito della *causa* con quello della b. f., non riconosce valor distinto nella prima difficoltà; e la ragione, che in risposta diretta a tale difficoltà trovasi nelle *l. 25, de d. i. v. e. u.*, *l. 3, pro don.*, dice essere ragione di mera apparenza (« Scheingrund ») *§ 178, n. 7.*

v. e. u. « Sed et si constante matrimonio, res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem ejus uxorem admitti etc. ». L'altro di Pomponio *l. 3, pro don.* « Si vir uxori, vel uxor viro donaverit: si aliena res donata fuerit; verum est quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset, non fieret, usucapionem possidenti procedere ». — Credo che la cosa vada definita nel seguente modo. Principiando dalla prima delle due difficoltà, è mia opinione, che l'usucapione, che in dritto antico si fa sulle cose date dal padrone senza mancipazione, non abbia luogo quando il coniuge doni per semplice tradizione all'altro coniuge una cosa propria; perchè, per la proibizione fra coniugi delle donazioni onde il donante *pauperior fieret*, il titolo è nullo, e senza titolo non si usucapisce. A questo caso spetta la *l. 1, § 2, pro don.*, ove, a differenza degli altri due testi citati in questo paragr., nulla si dice sullo essere la cosa do nata di proprietà di terza persona. Al medesimo caso riguarda Ulp. quando nella *l. 16, de a. vel a. p.* esclude la esistenza della *causa*; e quando nella *l. 46, de d. i. v. e. u.* afferma « Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est », significando precisamente che il titolo di donazione manca al possesso derivato da tali donazioni (§ 107) — Per converso quella usucapione, che si sviluppa nelle cose pervenute da un non padrone, trova posto anche se il non padrone era un coniuge che donava all'altro coniuge: questo caso non è colpito dalla proibizione, e, perciò il titolo esiste [1], cioè il titolo *pro donato*. Espressamente concepiti di questo caso sono i due testi nelle *l. 25, de d. i. v. e. u.* e *l. 3, pro donato*; ne' quali anche trovasi sviluppata la ragione; che cioè solo quelle donazioni sono fra conjugi proibite, nelle quali il donante » pauperior in suis rebus fit ». Non credo molto giusta l'osservazione di Savigny *Syst. IV, pag. 112, segg.*, che cioè anche nelle cose altrui possa esistere depauperamento del donante, e perciò proibizione e nullità di titolo, quando egli si trovasse di possederle con attitudine ad usucapire. Per lo che Savigny

[1] Così osserva ULRICO HUBERO *I, pag. 149 b.*

per la validità del titolo aggiunge un'altra condizione, vale a dire che il donante neppur si trovasse in condizione di usucapire. Imperocchè è da ricordare, che quantunque per ottime ragioni le donazioni frai coniugi siano dal costume romano condannate, pure ben seppero i romani osservare, che tale proibizione non eccedesse la stretta e rigorosa importanza delle ragioni medesime. Affinchè non si cadesse nell'altro inconveniente, di soverchiamente impedire l'espressione di animo liberale e benevolo, che fra marito e moglie è e deve essere così pronunciato e potente. La proibizione delinearono laddove vero fosse e chiaro che il coniuge donante si depauperasse spogliandosi in qualche modo del suo avere col donare all'altro: « eam demum donationem impediri solere, quae et donantem *pauperiorem* et accipientem *facit* locupletiorem » *l. 5, § 8, de d. i. v. e. u.* Ed ognun sa con quanta solerzia sottraessero alla proibizione più e più donazioni, perchè il depauperamento sicuro del donante chiaro non vi appariva. Ora è da notare sommamente, che si può ben parlare di depauperamento vero e sicuro nella perdita di cose, sulle quali s'abbia o il dritto di dominio od altro *jus in re;* ma non può dirsi, che veramente e sicuramente siamo resi più poveri allorchè perdiamo ciò che per niuno di que' dritti ci apparteneva. Vero egli è, che il coniuge donante, finchè ha posseduto cosa altrui, poteva in certi aggiunti essere nella condizione d'usucapirla, e, possiamo anche dire, di percepirne i frutti. Ma queste facoltà erano state dalla legge accordate per quelle speciali considerazioni, che suggerirono la teoria della usucapione e l'altra della *fructuum perceptio*, nè derivavano certamente dal normale valore d'un vero diritto che colui avesse acquistato sulla cosa. Privo di proprietà, privo d'ogni *jus in re*, poteva sempre dal rivendicante padrone essere da un momento all'altro privato del possesso e di tutto. Come in tale situazione non era veramente e certamente più ricco, ossia il suo patrimonio non era veramente costituito maggiore per aver quella cosa in mezzo alle proprie; così non può esattamente e sicuramente dirsi più povero o spogliato, allorquando la cosa medesima dà al donatario. Quindi

la *l.* 5, *§ 16*, *de d. i. v. e. u.* « Ubicumque igitur non deminuit de facultatibus *suis*, qui donavit, valet »; la *l. 31*, *§ 7*, *eod.* « non videtur ea esse donatio: quia nihil ex bonis *meis* deminuitur: in quo maxime majores donanti succurrisse Proculus ait, ne amore alterius alter *despoliaretur* (cf. *l. 1*, *eod. tit.*); non quasi malevolos, ne alter locupletior fieret »; la nostra *l. 25*, *eod.* « nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in *suis* rebus fit »; e la *Nov. 74*, *cap. 4*, *pr.* « donationes constante matrimonio prohiberent: ut non concupiscentiae magnitudine victi, latenter paullatim conjuges semetipsos *privarent sua* substantia ». Che se Pomponio nella *l. 3*, *pro don.*, ammettendo la usucapione in caso di donazione di cosa aliena fra coniugi, adopera tali espressioni « si pauperior is, qui donasset, non fieret »; non si deve arguire con Savigny, che dunque possa esserci idea di vero depauperamento in senso della proibizione nella donazione di cosa aliena, e ciò precisamente nel caso della condizione di usucapire in cui si trovasse il donante. In quel frammento Pomponio propone la questione della donazione fra coniugi e dello essere la cosa aliena; e per rispondere, dice essere applicabile la sentenza generale di Trebazio (« verum est quod Trebatius putabat »), che usucapione proceda ogni qual volta il donante non sia reso più povero (« si pauperior is, etc. »). Pertanto queste espressioni non enunciano una limitazione alla validità del titolo nella speciale questione proposta, ma la limitazione generale alle proibite donazioni fra conjugi, la quale si applica a tutta intera la detta speciale questione.

§ 511.

Alla fatta distinzione non forma ostacolo la *l. 3*, *§ 10*, *de d. i. v. e. u.*, ove delle tradizioni fatte per donazioni fra coniugi è detto da Ulp. « nec traditio quicquam valet »; quasi che dunque inetta debba essere sempre tale tradizione anche a generare possesso pari ad usucapione. Imperciocchè Ulp. in quel frammento parla esclusivamente degli effetti giu-

ridici, che le varie donazioni producono da per loro direttamente; e, riportandoli alle donazioni fra marito e moglie, espone come per niuno di quelli abbiano le medesime alcun valore. Parla delle donazioni fatte per stipulazione e promessa, parla di quelle fatte per mezzo di accettilazione; ed afferma, che nè le une nè le altre hanno valore, d'obbligare cioè o di liberare. Parla inoltre di quelle che si fanno col dare, e di esse dice che la tradizione nulla vale; ossia, nell'istesso ordine d'idee, nulla vale per trasferire il dominio, qual'è il giuridico effetto direttamente proveniente dalle donazioni che *fiunt dando*. Ma non nega certamente il giureconsulto, ed il negarlo sarebbe stato manifestamente falso, che qualche effetto di fatto tali donazioni possano avere; qual'è il possesso nella persona del coniuge donatario, possesso, che, come fu da noi definito, in questo si trova manifestamente. Che se a tal possesso va talvolta unita la condizione di usucapire, come va anche unita la facoltà di esercitar gl'interdetti (§ 107); neppur ciò è escluso dalla riportata sentenza d'Ulpiano; perchè questi effetti, tuttochè giuridici, non sono dal possesso, e molto meno dalla tradizione, direttamente di loro virtù generati: ma dalla legge o dal pretore applicati ai varii possessi (§ 51, segg.) [1].

[1] V'è caso, in cui possa usucapirsi la cosa data in donazione fra coniugi, anche se essa era propria del donante: cioè quando non il donatario stesso pretenda di usucapire, ma altri che da lui ebbe per un altro titolo successivo. La moglie donò la propria cosa al marito: il marito la vendè ad un terzo, e sia pure che costui sapesse in qual modo fosse la cosa al suo autore pervenuta. La donazione secondo le cose dette non somministrerebbe alcun titolo per esser caso della proibizione; ma il terzo ha un titolo distinto, *pro emto*. Titolo dunque lo ha; è pur anco in b. f. per le cose che fra poco esporremo. Quindi, presenti essendo tutti i requisiti della usucapione, esso può usucapire; non ostante che il difetto di legale autorizzazione a padroneggiare non solo sia pensato ma vero. È usucapione con coscienza di usucapire. Così la *l. 5, pr. vers. Nam, pro derel.* « Nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est ».

§ 512.

Resta che rispondiamo alla seconda difficoltà contro le usucapioni delle cose donate fra conjugi, cioè alla mancanza di b. f. Qui cade appunto un' applicazione della risposta da noi data alla questione, che ci condusse alla presente indagine, che cioè sia b. f. e facoltà d' usucapire in chi pur avendo mente di non essere per una data ragione autorizzato dalla legge nel suo padroneggiare, ha però mente di esserlo dal padrone, costituito nel pieno esercizio del suo intelletto e della sua volontà (§ 509). Purchè il donatario credesse che la cosa, che è veramente aliena, fosse del donante, l' usucapione correrà. Poichè quantunque, credendo che la cosa fosse del donante, debba pur credersi mancante d' ogni giusto titolo legale a padroneggiar sulla cosa, pure è in buona fede: mentre quella data ragione di legal proibizione, da esso erroneamente pensata, non toglie la sua mente di essere facoltizzato da un padrone che pienamente intende e vuole. [1]

§ 513.

Fra le molte indagini, che si fanno sul requisito della b. f., è anche quella, se in questione diretta di usucapione possa o no fondarsi la b. f. sopra un errore di dritto. Egli è chiaro che tale indagine ha luogo ne' casi, in cui nell'usucapiente esister deve erronea credenza del proprio dominio, e

---

[1] « Quasi volente et concedente domino id faceres » cf. § 511, no. 1 fi. — Dopo la spiegazione da noi data alle parole della *l. 32, § 1, h. t.* « Si... non putat sibi per leges licere usucapere » § 499, non è difficile intendere, che da esse niuno ostacolo deriva àlla usucapione del conjuge donatario sulla cosa altrui, datagli dall' altro coniuge; benchè, come dicemmo, nella sua credenza che la cosa fosse del donante, egli debba pur credersi mancante di titolo in vista della relativa proibizione. Poichè la necessità del credere, che sia per legge lecita la usucapione, trova luogo come sinonimo di b. f. solo ne' casi in cui si usucapisce colla coscienza di usucapire; casi che ivi determinammo, e co' quali nulla ha che fare il presente.

manca in essa la coscienza dell'usucapione (§ 496, 497. n. 1). In pratica la questione si sviluppa nel modo seguente. Si agita la controversia della usucapione. L'antico proprietario prova, che colui, il quale ha posseduto la cosa sua, sapeva esser questa pervenuta al proprio autore per mezzo d'un atto mancante di un estremo legale e perciò essere stato il medesimo autore privo di dominio; stabilisce così la m. f. in esso onde escluderlo dalla usucapione. Sarà o no ammesso il detto possessore a difendersi dicendo di aver creduto, che detto atto non avesse bisogno di quello che era veramente estremo legale e che perciò il dominio fosse stato dal suo autore acquistato? Fu opinione del Tomasio *ap. Huber. I. p. 149.*, che si ammetta anche l'errore di diritto per iscusare dalla m. f., adoperando il *§ 5, I. h. t.* « Item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum suum esse credens (cf. *§ 37, I. de rer. div.)* vendiderit, aut donaverit: furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. » Ma per la negativa si è dichiarato a ragione il comun parere; che già fu di Hubero *ibid.*, e poi di Savigny *Syst. III, pag. 362, segg.*, di Maynz *§ 199, no. 31*, di Arndts *§ 160*, di Ortolan *II § 532*, e di altri. Stà per essi la ragion di dritto. Dimostrammo nel *lib. De obligationib. p. 72, n. a.* che la ragione per la quale è in genere esclusa l'allegazione d'un errore di dritto è mista di general verità e di politica; e che, appunto per questo, tale principio riceve gravi limitazioni, prima delle quali si è che può error diritto allegarsi da chi con questo cerca di evitare una perdita, *l. 8, de j. et f. i.* Ma in chi voglia acquistare non è l'allegazione medesima ammessa, *l. 7, eod.* Ora è precisamente di acquisto che trattasi nell'usucapione. Quindi Pomp. *l. 4, eod.* « Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat. » Questa regola trovasi applicata da Paolo nelle *l. 31, pr. h. t.*, *l. 2, § 15, pro emt.* per negare all'errore di dritto la potenza di supplire nelle usucapioni il difetto di titolo; benchè un provato probabile errore a tal supplemento sia idoneo, siccome a suo luogo esporremo. Trovasi applicata da Pomp. *l. 32, § 1, h. t.* per negare all'errore di dritto la forza di rendere usucapi-

bile una cosa che per legge nol sia. [1] Non c'è motivo per non applicarla ancora nella nostra disputa, escludendo l'allegazione dell'errore di dritto fatta anche per rimediare al difetto della b. f. — Al *§ 5, I. h. t.* opposto dal Tomasio non è difficile il rispondere. L'errore di diritto impedisce, che ladro e furto si dicano; perchè la questione consiste nel definire se esista o no un delitto, or questa è certamente questione *de damno vitando.* Ciò posto viene per necessaria conseguenza, che le cose, delle quali parla *d. §,* restino usucapibili da altri, che con giusto titolo acquistino dall'usufruttuario il parto dell'ancella nella credenza che egli ne fosse il padrone per altra e legittima causa. Non è, che il proprio errore di dritto si adoperi da chi vuol usucapire per costruirvi sopra direttamente un requisito necessario dell'usucapione; [2] ma deve adoperarsi nel gravissimo punto di escludere in tesi il delitto del furto in una persona; onde poi viene per conseguenza anche la usucapibilità della cosa a favore d'un' altra, che niun proprio errore di dritto allega per

---

[1] Già accennai § 499., che Pomp. per negare l'usucapione nel caso da lui trattato, si vale di doppia ragione: prima, la mancanza di b. f. « vel quia non bona fide videatur possidere », e di questa parlammo ivi; poi, la qualità della cosa inusucapibile per esser furtiva. A questa seconda ragione credo che pensi il giureconsulto nelle parole che seguono, pronunciate da lui con frase del tutto staccata dalla precedente « vel quia in jure erranti non procedat usucapio » riferendosi ad un caso, in cui pur potesse sembrare che a quella ragione mancasse valore; ossia includendo la ragione medesima nella enunciazione di un caso più complicato, come sogliono fare i giureconsulti. Vale a dire, Pomp. si riporta all'ipotesi nella quale il possessore, di cui esso si occupa, ammettendo che la cosa è furtiva e che ciò era a se noto, asserisca però non dovere tale qualità nuocere alla propria usucapione allegando di aver creduto che le cose furtive fossero usucapibili. La prima delle due ragioni vale, sia che la cosa in verità fosse furtiva sia che non lo fosse ma erroneamente venisse creduta tale (« etiam si erret ») § 507. La seconda vale solo pel caso che la cosa fosse furtiva realmente. Ed è per questo, che il giureconsulto le propone disgiuntivamente « vel quia etc. »

[2] Come sarebbe nel caso su esposto, che la cosa fosse furtiva e si dicesse dal possessore che tal vizio non nuoce in vista d'una propria ignoranza di dritto; not. 1.

usucapire. E ciò è quel che si dice, che per stabilire la giusta importanza delle cose non si deve riguardare a quanto da esse indirettamente e *per consequentias* può derivare.

§ 514.

È noto che in dritto romano la b. f. si richiede solamente al principio del possedere, e che « mala fides superveniens non nocet » *l. 1, vers. Hoc tantummodo, C. de usuc. transf.* La ragione secondo il mio avviso si collega con quella stessa di moralità che persuase il nostro requisito. Imperocchè quella immoralità, che si trova in chi fin dal principio del suo possesso prese in m. f., non si ritrova in egual grado in chi prese in piena b. f. e con giusta causa, e, reso poscia consapevole di far torto ad un padrone, non si affretti a recargli la cosa, la quale esso ha forse per qualche tempo coltivata, sulla quale ha speso lavoro e denaro. Non dico già collo Schirmer *p. 137, n. 84*, che egli possa ritener la cosa in pura coscienza (« mit reinem Gewissen »). [1] Parlando di coscienza esso è tutt'altro che da lodare: ma è pur vero che la sua immoralità è al di sotto di quella del primo; non arriva al grado, che ispirò agli autori del dritto la grave conseguenza della negata usucapione. Queste riflessioni, se meritano maggior considerazione allorquando il possessore acquistò a titolo oneroso, valgono pur anco se acquistò per causa lucrativa. Onde pienamente

[1] SCHIRMER lo dice nell'occasione di dimostrare che la *m. f. superveniens* non importa necessariamente la qualità furtiva nella cosa. Ma per conchiudere ciò mi sembrano più giuste le osservazioni di STINTZING *pag. 35.* Il quale esclude la qualità furtiva per ciò, che il detentore, che avea preso possesso in b. f., non può diventar ladro colla mera volontà posteriore; essendo necessaria, onde furto si dica, l'apprensione del possesso precisamente coetanea all'*animus furandi*. Ossia, come dichiarerei, essendo necessario che all'*animus furandi* non preceda la prima contrettazione diretta a padroneggiare (§ 536, n. 2). Esso Stintzing, che siccome abbiam visto, crede nel gius antico proibita l'usucapione solo dirimpetto al furto e non ad altra m. f., vuol derivare nel caso la perseveranza dell'usucapione dalla mancanza di furto.

s' intende quel che dice l'imperatore *l. 1, vers. Quod et, C. de usuc. transf.* « justa detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titolo lucrativo ea cœpta sit », senza che sospettiamo, come fa alcuno, esser questa innovazione di Giustiniano — Ridotta la regola di cui parliamo al punto di vista della moralità si comprende ancora perchè il gius canonico, più rigoroso osservatore delle cose di coscienza, si allontanasse da quella ed esigesse la perseverante b. f.

§ 515.

È anchè noto come una singolarità si trovi nella compra vendita; mentre in essa si desidera la b. f. non solo al principio dell'avuto possesso, ossia al tempo della tradizione, ma pure nel tempo anteriore del fatto contratto: lo che si raccoglie dalle *l. 7, § 16, 17, de publ. in rem act., l. 10, pr., l. 48, h. t., l. 2, pr. pro emt.* Assai controverso lo assegnar la ragione. Cujacio *I. 1121, D.* e poi Vinnio *ad pr. I. h. t. num. 2* dicono, che è stato concesso lo stipulare per se la cosa che non sia del promissore, quasi che possa farsi, salvo la sincerità della fede, anche da chi ciò conosca; ma che non soffra la b. f. che si comprino cose altrui. Ma se fede sincera esiste quando s' inducono in contratto cose altrui, questo è solo nel senso che si speri sulla redenzione di queste anzi che si eseguisca il contratto medesimo. È per questa ragione, che, come salva la onestà delle leggi nostre si potevano ammettere le stipulazioni di cose altrui, così pure di cose altrui poterono ammettersi e furono ammesse le compre vendite, *l. 28, de contrah. emt.. et pass.:* siccome largamente spiegai *De oblig. pag. 107, segg.* — Non meglio Anton Fabro *Rational. ad l. 7, § 14, de publ. in rem act.* scrive essere nella compra vendita domandata la b. f. ne' due tempi, perchè per le altre cause il dominio passa subito per mezzo della tradizione purchè sia padrone il tradente; mentre nella compra vendita dominio non passa se prezzo non venga sborsato o siasi avuta fede del medesimo. Dappoichè non s' intende cos'abbia

che fare il richiesto pagamento del prezzo colla necessità della b. f. nell' anterior tempo della composizione del contratto — Duareno *Comm. ad tit. pro emt.*, cerca la ragione nella frequenza del titolo di compra vendita: lo che nè offre soddisfacente unione d' idee per il punto da chiarire; nè costituisce una distinzione praticamente vera fra la compra vendita e gli altri contratti, seppur si tenga conto del grande uso che delle stipulazioni fecero i romani — Altra via tentò Bachovio *ad Treutler. vol. 2, disp. 22, th. 6. litt. A. et B.* rimarcando, la causa della compra vendita esser più che quella della stipulazione congiunta alla tradizione; sendochè la stipulazione, siccome accessione d' altri contratti, non è per se causa della tradizione medesima. Ma oltre che i testi non la sola stipulazione separano nella nostra questione dalla compra vendita, bensì le altre cause ancora p. e. la donazione; è da riflettere, che in ogni modo la promessa nella stipulazione genera l' obligo di consegnare non men che la vendita — Windscheid *§ 177, n. 1.* pone anch' esso la sua ragione nel rapporto fra contratto e tradizione; però non estenuandolo nella stipulazione, come fece Bachovio, ma afforzandolo nella compra vendita, notando cioè esser proprio di questa che non vi è assunto impegno a trasferir la cosa, ma piuttosto la cosa stessa vien trasferita, ossia che la intenzione delle parti nella compra vendita è volta all' immediato passaggio di proprietà. Neppur ciò può piacere; dacchè nella compra vendita ancora ben sovente non si ha l'animo e la mente di tale immediato trasferimento, precisamente nella stessa guisa che ciò può verificarsi nelle stipulazioni. Per esempio ogni volta che si venda una cosa che stia lontana, quella mente non esiste per fermo — Puchta invece nelle *Instit. to. 2, pag. 662, no. n.* cerca la ragione rimarcando, che nella compra vendita il titolo è un affare giuridico separato dall' acquisto del possesso. Anche questo non felicemente: dappoichè la separazione medesima nella stipulazione si ritrova — Ortolan *II, § 532*, dice, che per la compra era un' eccezione tutta speciale, che forse proveniva dalle antiche compre vendite *per mancipationem.* Ma oltre lo es-

sere almeno difficile e non spiegato dall' Ortolan lo intendere che abbia a fare la forma della *mancipatio* colla necessità della b. f. anche all'epoca del contratto; non ci resterebbe ragione alcuna perchè i giureconsulti, e poi i compilatori, la stessa specialità ritenessero ed esprimessero per tutte le compre vendite — Ricorderò anche quel che ha scritto Harnier *De probat. b. f. pag. 36, segg.*. che mentre rapporto agli altri contratti c' è un fondo di prova per la b. f. in ciò stesso che l'autore vi si diporta come traslatore di proprietà, al contrario nella compra vendita la b. f. dev'essere altrimenti dimostrata, mentre non contenendosi in essa impegno alcuno a trasferire la proprietà, il venditore non vi si diporta come tale che possa e voglia trasferire il dominio. Mi sembra, che a confutare basterebbe la riflessione, che non si concepisce la esistenza di quel fondo di prova di b. f. che Harnier trova negli altri contratti: perchè seppure di loro natura giuridica sono diretti a trasferire la proprietà, possono essere anche dolosamente composti. Ma sopra tutto è da osservare, non essere punto vero che pur nella vendita non si tratti di traslocazione di proprietà. Il contrario fu da noi dimostrato nel libro *De oblig. pag. 107. segg.* con ragioni e con testi, specialmente colle *l. 30, § 1, de act. emt.*, *l. 80, § 3, de contr. emt.* E provammo ancora che que' testi, ne' quali leggiamo essere il venditore tenuto solamente a dare al compratore il possesso e lo *habere licere* (come la *l. 1, pr. de rer. perm.)*, debbonsi riferire unicamente al tempo, in cui il compratore, al quale fu contro la vera indole del contratto consegnata cosa altrui, può agire per l'interesse contro il venditore; cioè non prima della sofferta evizione. In questo senso, che però è molto importante, può ben dirsi più specialmente della compra vendita, che degli altri contratti, potervisi indurre le cose altrui. E questo parimenti lo deducemmo da ragioni giuridiche, da testimonianze dell' antichità, e dalla lettera dei testi medesimi [1] — Questa ultima riflessione elimina ancora il tentamento di Stintzing

---

[1] Cf. *d. l. 1, pr. de rer. perm*, *d. l. 30, § 1, de act. emt.*, *l. 3, C. de evict.*

pag. 115, segg., il quale cerca la spiegazione della presente singolarità della compra vendita nel requisito del titolo. Egli si basa appunto sul non essere la compra vendita per se causa a trasferire la proprietà; aggiungendo, che solo allora si può presumere, essere nell' intenzione delle parti questo trasferimento, e così può la compra vendita formar titolo, quando si provi che il compratore credesse autorizzato il venditore — Fra tanti sforzi poco proficui non è meraviglia se troviamo gravi scrittori disperare di render buona ragione, come Voet *ad h. t. num. 7.* e Maynz *§ 199, n. 33.*

§ 516.

Mi sia lecito fare una prova su questo punto scabroso. Spero, che la mia congettura non parrà destituita di fondamento: almeno mi par certo, che essa sia in armonia collo spirito pratico dei romani, e con quel sistema di alta moralità che, come vedemmo, persuase ai medesimi il requisito della b. f. nelle usucapioni. Io credo, che l'epoca del principio del possesso, e non altra anteriore, sia costantemente quella, che venne dai romani propriamente presa di mira nel ricercare la b. f.: e la ragione si è, perchè la b. f. fu richiesta da essi come qualità del possesso (§ 492). Ora, in genere parlando, la scienza, che non il proprio autore ma un altro sia della cosa il padrone, esistente all'epoca in cui la obbligazione nacque, non fa punto supporre, che eguale credenza esista anche all'epoca della tradizione che è il principio del possedere. Certo che se quella mente vigente all'epoca del contratto importasse per se m. f.; allora, dimostrato una volta il malo animo dell'acquirente a quell'epoca, potrebbero le leggi facilmente presumere che la medesima perdurasse in lui al tempo della posteriore tradizione fatta della cosa tuttora altrui. Ma siccome fino a prova contraria gli uomini si presumono buoni e non malvagi; così la suddetta mente esistente quando il contratto fu fatto deve spiegarsi in modo conciliabile colla b. f., ossia coll'intenzione, che prima della tradizione la cosa venga dal proprio autore redenta dalle

mani del padrone e prestata dall'autore medesimo divenuto proprietario. Intenzione, sulla quale contò e si basò il dritto nostro quando ammise che ne' contratti indur si potessero le cose altrui (ved. paragr. preced.) Posta così la presunzione della b. f. all'epoca del contratto di fronte alla scienza che la cosa allora non sia dell'autore, ossia posto che le leggi concedano d'indurre ne' contratti cose che non siano di chi le promette; non si può da quella scienza presumere alla m. f. all'epoca della tradizione, benchè di fatto sia avvenuto che la cosa tuttora altrui venga consegnata: mentre può esser benissimo, che all'epoca della tradizione si credesse acquistata nel mezzo tempo dall'autore. È necessario rivolgere assolutamente tutto lo sforzo della prova su quest'ultima epoca. Questo discorso combina a capello con quello di Paolo *l. 15*, *§ 3*, *h. t.* « Si ex testamento, vel ex stipulatu res debita nobis tradatur: ejus temporis existimationem nostram intuendam, quo traditur: *quia concessum est stipulari rem*, *etiam quae promissoris non sit.* » Pertanto se pure chi avversa la usucapione, e vuol provare la mancanza di b. f. nel possessore ossia (secondo gli ordinari avvenimenti § 500 fi.) la sua m. f., riescisse a dimostrare, che nell'epoca del contratto costui sapeva la cosa essere altrui, e che cosa altrui fu poscia realmente consegnata, non sarebbe riescito a provare quella mancanza di b. f.: perchè quella scienza non è per se dolosa, e al tempo della consegna poteva essere nata opinione d'acquisto nell'autore.

§ 517.

Ma nella compra vendita è da ricordare quel che or ora dicevamo (§ 515), esservi le cose aliene ammesse con maggiore ampiezza, in quanto che una cosa aliena non solo può essere indotta nel contratto, ma anche nella tradizione senza che l'accipiente compratore possa per questo promuovere azione contro il venditore tradente, purchè *ei habere rem liceat.* Di qui accadeva assai sovente, che frode vera e m. f. avesse luogo nelle compre vendite delle cose altrui fino dall'epoca

del contratto. Tizio bramava avere una cosa di Sempronio; essa era tenuta da Gajo. Poniamo, che egli cercasse un modo di averla da questo, benchè ambedue fossero conscii della vera proprietà della cosa; e cercasse di averla nella indifferenza sia che il padrone fosse per cederla prima della tradizione sia che no, od anche nella scienza che questo non era punto disposto a tal cessione; insomma in dolo malo. Per raggiungere tale scopo non era mezzo opportuno un contratto, che fosse in tal guisa diretto di sua natura al *dare*, al trasferire il dominio, che, consegnata cosa altrui, si potesse immediatamente agire contro il tradente autore. Poichè (come sono e son sempre stati i disonesti d'ogni reciproca fiducia privi meritamente) Gajo non vi si sarebbe lasciato indurre per tema, che Tizio, recatolo a fare tal contratto, poscia contro di lui immediatamente tentasse le azioni che gliene nascevano. Tentamento che non improbabilmente gli sarebbe riescito di fatto, attesa la suddivisata natura del supposto contratto. La via men disadatta era quella della compra vendita; dove ben maggiore era in Gajo la speranza di non esser compulso da Tizio, appunto perchè regolarmente nella compra vendita, consegnata la cosa altrui, finchè *habere licet* i compratori non sono ammessi ad esercitare azioni. Speranza aumentata dalla brevità de' tempi delle usucapioni e del facile avvenimento che Tizio, celando gelosamente il proprio dolo avanti al padrone, potesse di fatto goderne i soddisfacenti vantaggi. Così si preparava spesso con frodolento contratto di compra vendita la frodolenta tradizione; e la m. f. nella seconda si collegava colla m. f. nel primo. Di questi avvenimenti, che nella sola compra vendita e non negli altri contratti eran frequenti, non poteva non tener calcolo all'opportunità l'onestà delle leggi nostre. Di fronte a due eventi, cioè la provata scienza dell'acquirente all'epoca del contratto di compra vendita sull'esser la cosa altrui, e la posteriore presa di cosa rimasta tuttora altrui; doveano le leggi, viste le ordinarie succennate frodi, esser propense a ritenere che tutto il negozio, e nel contratto e nella tradizione, era macchiato di dolo.

§ 518.

Ora conviene aggiungere, che là prova della m. f., la quale sta all'avversario dell'usucattore (§ 500 fi.), è difficilissima; trattandosi di provare uno stato dell'animo altrui. Questa difficoltà, che per giustizia doveva essere spianata quando ragionevolmente si poteva, potè ben esserlo secondo le cose esposte allorchè si trattasse d'un usucattore per titolo di compra vendita. Poichè quantunque, come dicemmo § 516, la m. f. vada propriamente cercata nel tempo della tradizione: pure le consegne di cosa altrui, fatte dopo una compra vendita composta nella scienza dell'esser la cosa tale, erano per ciò stesso facilmente da credersi dolose. Onde fu lasciato libero il campo alla prova; e data facoltà o di provare direttamente la m. f. nella tradizione, o di provare quella scienza all'epoca del contrattare, dalla quale si credeva esister m. f. e nel contratto medesimo e nella posterior tradizione. Resero così le leggi nostre con giusta prudenza meno ardua la prova della mancanza di b. f., ispirandosi sempre a que' principi di moralità che avean dettato il requisito della b. f. medesima. Tanto maggiormente guadagnarono in questa facilità di prova, in quanto che avviando l'indagine anche al tempo del contratto di compra vendita era più agevole in quel primo e più dettagliato intendersi fra' contraenti sorprendere i loro pensieri. — Quindi io credo che derivasse una special sentenza de' proculiani, che nella compra vendita vollero riguardarsi alla b. f. solo nel tempo del contratto, trascurando affatto in pratica quello della tradizione. Prevalse però la opinione de' sabiniani che il tempo della tradizione mai dovesse esser negletto. Poichè quella sentenza de' proculiani era in verità una deviazione dal vero sentimento che avea diretto la contemplazione del tempo del contratto; giacchè, come esponemmo, anche questa si riportava sempre e rifletteva al tempo della consegna. Di queste sentenze delle scuole, ed insieme di questo riflettersi che l'ispezione della b. f., anche volta al tempo del contratto, fa sempre verso il

tempo della tradizione, abbiamo la testimonianza di Ulp. *l. 10, pr. h. t.* « Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium. » Ed altra di Ulpiano stesso *l. 7, § 17, de publ. in rem act.*, ove prima espone la ricevuta sentenza sabiniana del doversi riguardare sostanzialmente il tempo della tradizione « Julianus lib. VII digestorum scripsit, traditionem rei emtae oportere b. f. fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, publiciana eum experiri non posse: quia usucapere non poterit. »: e poi soggiunge che non per questo si ha da credere, che secondo tale ricevuta sentenza si debba praticamente trascurare il tempo del contratto, appunto perchè il contemplar questo è nella compra vendita posto in armonia colla contemplazione di quello « Nec quisquam putet, hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit publiciana experiri: sed oportere et tunc bona fide emtorem esse. »[1]

§ 519.

Vi sono in dritto romano due speci d'usucapione, dove la b. f. non è domandata, l'*usucapio pro herede* e l'*usureceptio*. Di quella parleremo più opportunamente nel trattato speciale che dovremo farne in seguito; occupiamoci adesso della seconda. L'*usureceptio*, così chiamata « quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem » (*Gaj. II, 59)*, ora si opera in occasione di pegno o di deposito contratti *fiduciae causa*, ora avviene *ex praediatura*. — Un tale alienava la sua cosa per via di *mancipatio* o *in jure cessio*, accompagnando tale alienazione con un contratto *fiduciae*, per mezzo del quale l'acquirente si obbligava a retrocedere in seguito la cosa che

[1] Una giusta limitazione alle cose qui discorse sulla compra vendita vedremo dalle *l. 11, pro emt., l. 5, § 1, pro suo*, allorchè parleremo della necessità di vero titolo nella usucapione proveniente da compra vendita, § 534.

presentemente acquistava. E l'alienante ciò faceva o per fornire l'acquirente suo creditore d'una sicurezza reale (*fiducia contrahitur cum creditore pignoris jure, Gaj. II, 60*); o per dare ad un amico, cui volevasi confidar la custodia di qualche cosa, maggiori poteri ossia la facoltà di esercitare la rivendicazione (*cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent, Gaj. ib.*). Ora dice Gajo *II, 59* « qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit; quae species usucapionis dicitur usureceptio. » Allorchè il contratto di fiducia era stato conchiuso *cum amico*, l'usurecezione era ammessa pienamente, *Gaj. II, 60.* E qui non si può dire che fosse fatta eccezione al requisito di b. f. Poichè quantunque l'usucapiente conoscesse il vero stato della cosa, e perciò essere la medesima altrui; sapeva pur anco, che poteva con una retrocessione di mera forma riprenderla dall'amico, sapeva insomma di non far vero torto ad altrui dritto di dominio. Allorchè la fiducia era conchiusa *pignoris jure*, l'usurecezione era ammessa con una distinzione. Se il creditore era stato soddisfatto, il debitore era sempre ammesso alla usurecezione, *Gaj. ib.* Ed anche qui la scienza dello essere la cosa altrui era benissimo d'accordo colla b. f.; imperocchè dopo fatto il pagamento, il debitore avea dritto a farsi rendere la proprietà, e la usurecezione facilitava soltanto cotesta ricupera la quale altrimenti avrebbe dovuto essere ottenuta coll'esercizio dell'azione *fiduciae.* Ma se il creditore non era stato soddisfatto; allora la usurecezione era ammessa nella sola ipotesi che il debitore non avesse ripreso il possesso per mezzo di precario o di locazione, *Gaj. ib.* Di questa distinzione fra possesso riavuto per precario o locazione e possesso riavuto per altri mezzi, conviene indagar la ragione, riportandoci sempre al nostro requisito della b. f.

§ 520.

Trattiamo prima della ipotesi, che il debitore, non avendo soddisfatto il creditore, ripigli il possesso senza precario e

senza locazione, nel qual caso l'usurecezione gli è concessa. Perchè concessa, mentre qui sembra evidente la coscienza di far ingiustizia al padrone, la m. f.? Lo Stintzing *pag. 14, seg.* trova tal cosa regolare, basandosi sulla sua opinione (§ 495) che secondo le leggi decemvirali fosse nelle usucapioni necessario soltanto che la cosa non fosse furtiva. Ma furto secondo lui nella usurecezione non può verificarsi. Perchè crede che alla medesima non si faccia luogo se non quando, dopo la *fiducia* contratta, il possesso non era ancora partito dallo alienante; ora furto non è senza una presa di possesso. E su questa opinione, che il possesso non dovesse essere partito dallo alienante, anche lo Schirmer *pag. 82, segg.*[1] fonda la sua spiegazione. Poichè, secondo Schirmer, lasciato il possesso al debitore, egli ha del possesso medesimo un principio giustissimo; mentre non fa alcuna ingiustizia, se dopo la mancipazione lascia tranquillamente lo stato di fatto durare tal qual'è, senza prendersi briga che il creditore si valga de' suoi diritti. Quindi per Schirmer le cose rientrano nella regola generale, che basti la b. f. nel principio dell'usucapire. — Omettendo altre riflessioni che potrebbero farsi su l'una e sull'altra di queste due opinioni, basti qui marcare la poca solidità di quelle vedute che han condotto ambedue questi scrittori. Si osservi in primo luogo, che Gajo *III, 201*, parla di usurecezione, e precisamente di quella operata dal debitore, sotto la generale riflessione che « interdum rem alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri ». Quell'espressioni « concessum est, creditur » manifestano come l'ammissione dell'usucapione e l'esclusione del furto non entravano in tutto e per tutto nel dritto normale e regolare, al quale vorrebbero ridurle anche in questo punto più scabroso lo Stintzing e lo Schirmer. E l'altra espres-

---

[1] Però mentre Stintzing nega ancora esser luogo a vera usurecezione nell'ipotesi che dopo la fiducia fosse stata consegnata la cosa al creditore, ed esso prima della soddisfazione del suo credito l'abbia riconsegnata al debitore senza remancipazione; Schirmer al contrario in questo caso l'ammette.

sione « occupare » dà l'idea d'un trasferimento della cosa e non di proseguimento di possesso; come ben osserva Machelard *Interd. pag. 104*, *n. 1.* A questo si aggiunga, che se per ammettere la usurecezione la ragione fosse stata precisamente nel non essere il possesso partito dal mancipante, non potrebbe intendersi perchè non avrebbe ad essere ammessa in tutti i casi, ne' quali fosse stata fatta una mancipazione senza passaggio di possesso; e si trovi invece limitata alle poche speci esposte ne' commentari di Gajo. E non mi pare convincente la risposta che tenta dare lo Stintzing, che cioè ne' soli casi di *fiducia* il ripigliar la cosa è nelle viste originarie de' contraenti. Poichè quantunque ciò sia vero, non basterebbe mai a rendere speciale ai casi medesimi la usurecezione; restando sempre secondo le idee esposte da esso Stintzing, che anche in altri casi di mancipazione senza trasferimento di possesso furto non avrebbe luogo; perciò usurecezione dovrebbe essere riconosciuta. — Il Machelard *pag. 103* ed il Maynz *§ 239*, *n. 7* cercano spiegazione in una presunzione di rinuncia nel creditore, che lasciasse che il suo debitore possegga. Presunzione, mi pare, senza fondamento; e per cui inoltre converrebbe supporre, che non corresse usurecezione senza almeno la scienza per parte del creditore; lo che di fronte alla esposizione di Gajo è insussistente. — Sottile, ma non fondata e contraria a Gajo, mi sembra ancora la congettura di Huschke *Zeitschr. f. g. R W. XI V*, *pag. 229*, *segg.*, che la *mancipatio fiduciae* riguardasse l'insieme della *familia*, la quale del resto spettava alle *ceterae res* che secondo le dodici tavole si usucapivano in un anno. — Come sottile ma non più felice a mio credere è quella di Scheurl *Beiträge I*, *2*, *pag. 40*, *seg.*, il quale spiega rimarcando come il dritto di pegno considerato accanto al dritto personale non formi alcuna parte di patrimonio, e, finchè il secondo rimane, la cessazione del primo non produca nè diminuzione del patrimonio del creditore nè aumento di quello del debitore. Imperocchè, quantunque sia vero, che il gius di pegno non cresca aritmeticamente il patrimonio (ed è noto di quanta conseguenza ciò sia nelle remissioni del pegno fra coniugi);

è però altrettanto vero, che è un distinto dritto patrimoniale, e che per necessaria conseguenza ha un proprio patrimoniale e reale valore, qual'è appunto quello di sostenere il valore del dritto personale. — Mia opinione sarebbe, doversi anche la disposizione, della quale parliamo, attribuire a pratiche considerazioni. Fu, che, quantunque la mancipazione fatta al creditore trasferisse in lui il dominio, pure, atteso il reale scopo dell'affare, questo dominio non era creato per riguardo di esso stesso ma solo per garanzia del credito; onde il connesso contratto di fiducia. Perciò non ebbe protezione, quanta gli altri dominii, e più facilmente si lasciava distruggere. Questa disposizione prese maggior impulso dall'epoca in cui la semplice convenzione di pegno, che con nome greco si chiamò *hypotheca*, venne a rimpiazzare negli usi la *mancipatio cum fiducia*; la quale perciò tanto più facilmente fu lasciata disciogliere, quanto men utile ed usitato era il comporla. Non che il debitore, il quale avesse mancipato e poscia non avesse pagato, potesse dirsi che facesse usurecezione in b. f.; poichè era pur vero che il dominio era altrui, e che esso scientemente faceva torto al medesimo, che per legge di contratto [1] dovea durare finchè il pagamento non fosse avvenuto. Ma per l'esposte considerazioni fu questo un de' casi di usucapione con m. f. ricevuti dal dritto nostro; mentre in quella m. f. non si scorse tanta immoralità quanta è necessaria per impedire le usucapioni (cf. § 498, 514). Chi accetti la mia congettura comprenderà facilmente come in cosa eccezionale potesse Gajo *III, 201*, parlare di questa usucapione sotto l'assunto, che « rem alienam occupare et usucapere *concessum est* etc. » (cf. § 297, n. 13).

§ 521.

Passiamo all'ipotesi, che il debitore, non avendo soddisfatto il creditore, ripigli il possesso per mezzo di precario o

[1] « Usque eo is fundus eaque mancipia fiducia essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset » *Mancipatio Baiamii, ap. Bruns font. jur. rom. ant. pag. 131.*

di locazione; nel qual caso non è luogo ad usurecezione. La ragione, perchè dalla parte del debitore, che abuserebbe del precario ottenuto o della fede d'un contratto, la immoralità sarebbe troppa per non considerarla: quindi niun dritto eccezionale; rientrano le regole generali. Secondo queste, per escludere l'usucapione nel caso, basta per molte ipotesi la regola *nemo potest mutare sibi causam possessionis.* [1] Che se il debitore, precarista o conduttore, avesse *loco motam* la cosa; allora sottentrava per la esclusione della usucapione la regola della inusucapibilità delle cose furtive. Finalmente ostava alla usucapione, in generale e per ogni ipotesi, la regola della necessità della b. f. [2] — Dalle cose dette conchiudiamo, che nella usurecezione in occasione della *fiducia* v' è un solo caso in cui eccezionalmente si ammetta usucapione con una specie di m. f.; ed è quello del debitore che *usurecipiat* ciò che mancipò con fiducia al creditore, senza averlo soddisfatto, ma anche senza aver da lui ripresa la cosa a precario ovvero per conduzione.

§ 522.

Dice Gajo *II*, *61*. « Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio: sed hoc casu praedium biennio usurecipitur: et hoc est, quod vulgo dicitur, ex praediatura possessionem usurecipi: nam qui mercatur a populo praediator appellatur ». Puchta *Instit. II*, *pag. 661*, Stintzing *pag. 15*, Schirmer *pag. 92*, intendono, che colui, il quale dallo Stato comprò il fondo, a questo oppignorato, non si valesse delle sue ragioni; ossia lasciasse l'antico proprietario nel possesso per un biennio. In genere mi accorderei al Maynz *§ 196*, *n. 39*, ed al Machelard *pag. 105*, quando dicono trattarsi di possesso ricuperato, dopo la vendita, dall'antico proprietario. Seppure non si voglia dar peso alle

---

[1] Sembra incompleto il fermarsi che fa Huschke *pag. 256* a quest'unica regola, del resto felicemente da esso invocata, nel dar la ragione della presente disposizione. Non basta nel caso della *loco motio* (§ 336).

[2] Sulla proibita usurecezione per parte del debitore che non abbia pagato, e ripigli a precario, si spiega la *l. 16, de O. et A.* (§ 137).

parole di Gajo « possessionem usurecipi », decisivo è il suo silenzio sulla circostanza che sarebbe tanto grave e indispensabile del possesso rimasto al proprietario antico; circostanza d'altronde ben insolita e perciò tanto più degna d'esser notata. — Ma simile osservazione, che è ragionevolmente fatta da Machelard *pag. 195, fi.*, ripugna alla special congettura di Maynz *loc. cit.*, il quale suppone rimborsato dall'antico proprietario, dopo la vendita, o lo Stato o il compratore (*praediator*). — Mentre però non sembra più accettabile quel che soggiunge esso Machelard, essere stata data alla condotta del *praediator*, il quale tollerava che l'espropriato si rimettesse al possesso, l'interpretazione d'una tacita confessione di precedente convenzione fatta fra esso ed il debitore, in forza della quale esso stesso nel comprare avrebbe agito per conto di questo con promessa di restituirgli i suoi beni. Oltre che per sviluppare tal congettura convien supporre necessaria per questa usurecezione la scienza del *praediator*, circostanza ben importante taciuta da Gajo; è da osservare, come da tal scienza e relativa tolleranza ad una tacita confessione, e precisamente a quella della detta precedente convenzione, non c'è unione d'idee; nè si comprende come da quella possa arguirsi a questa. — Io, poichè pur debbo proporre la mia qualsiasi opinione, ho sempre creduto, essere stata questa usurecezione una di quelle eccezionali facoltà che furono concesse ai debitori dello Stato, allorchè accadeva la vendita de' loro *praedia subsignata* [1]. Imperocchè alla compra de' beni di questi disgraziati soleva dedicarsi una classe di persone attirate dai grassi lucri, le quali eran chiamate *praediatores* [2]. La mala indole di costoro fu in gran parte la ragione, per cui molte speciali regole o per leggi o per costumanza dovettero essere stabilite su tali affari; e queste regole chiamaronsi *jus praediatorium* [3]. Così fu concesso ai

[1] Cf. *lex Thoria c. 35, 41, Tab. Malac. c. 69, Schol. Bobiens. Ciceron. Scholiast. II, p. 244, Haubold Monum. legal. p. 71.*

[2] GAJ. *loc. cit.;* agg. *l. Thoria c. 34,* e *Tab. Malacit. c. 65.*

[3] CICER. *pro Balbo c. 20,* VALER. MAXIM. *VIII, 12, 1.* Vedi la iscrizione della *l. 54, de jur. dot.* Cf. RIVIER *Untersuch. üb. die cautio praedibus praediisque.*

debitori, che nella vendita potessero offrire anche essi, ed offrendo fossero preferiti ad ogni altro [1]. Così fu pure ammessa la ripresa del dominio per usurecezione contro i *praediatores*. Stabilito in questo modo il fondamento della usurecezione *ex praediatura* tutto diverso da quello della usurecezione in occasione della *fiducia*, non sorprende più affatto il considerare, che nella prima un predio *usureciperetur* non con un solo anno ma con due; sulla quale diversità fra essa e la seconda molto è stato scritto. Nella usurecezione in occasione della *fiducia* fu fatta eccezione al requisito del tempo, come anche spesso a quello della b. f.; mentre nell'altra *ex praediatura* di carattere affatto diverso fu creduto far eccezione al solo requisito della b. f. e non più. Dove le fondamentali idee sono diverse, non si può trovar difficoltà nell'osservare diversità di efficacia. — Certo però, che quanto alla b. f. questa usurecezione si trovava in condizione simile a quella operata talvolta dal debitore che non avesse pagato. C' era coscienza di far un certo torto al padrone, e perciò una specie di m. f.; benchè in tali aggiunti, che la immoralità si trovava in minor grado, e perciò non impediva l' usucapione. Insomma era altro caso di usucapione senza vera buona fede.

Articolo Terzo

La giusta causa.

§ 523.

Requisito della usucapione diretta all'acquisto del dominio è anche la esistenza d'una *justa causa* ossia d' un *titulus* del possesso e dell' usucapione, *l. 30*, *si quis om. ca. test.*, *l. 46*, *h. t.*, *l. 1*, *pr. pro dot.*, *l. 24*, *C. de R. V.*, *l. 4*, *C. de usuc. pro her.* Quindi è che non può usucapire chi non ha titolo affatto, e chi ha una semplice forma di titolo destituito di legale valore, *l. 7*, *§ 5*, *pro emt.*, *l. 4*, *pro her.*, *l. 1*, *§ 1*, *2*, *pro don.* (§ 510). — Anche nel definire la ragione di questo requisito gli scrittori

[1] Ciceb. *Verr. II, 11, 1, 54,* e *II, 3, 7.*

tengono diversi pareri. La più comune opinione è che sia richiesto per costruire la b. f. qual'è necessaria per l'usucapione. Poichè consistendo la b. f secondo la comune opinione nella opinione erronea d'avere acquistato la proprietà (§ 494); secondo la opinione medesima non ogni errore avrebbe ad essere ammesso per costituirla, ma solo un errore scusabile: scusabile poi non potrebbe essere l'errore senza la presenzâ del titolo che renda possibile l'acquisto del dominio. Pertanto il giusto titolo andrebbe considerato subiettivamente, e non obiettivamente; ossia in quanto influisce nell'animo dell'usucapiente, e non per sè stesso [1]. Dopo quel che dissi su quella definizione della b. f. è naturale, che non possa accomodarmi neppur qui alla comune sentenza. Inoltre è da riflettere, che b. f. può esistere anche senza titolo; lo che dalle cose dette § 512 apparisce avvenire nel caso del conjuge cui l'altro conjuge ha donato cose proprie; onde non il difetto di b. f., ma di titolo osta in questo caso alla usucapione (§ 510). E se il titolo fosse richiesto soltanto in rapporto alla b. f. ed alla sua formazione, il titolo putativo dovrebbe regolarmente bastare, mentre invece non basta. — Altri ha cercato assegnare al nostro requisito ragioni storiche. Così Stintzing *pag. 47, segg.* lo dice introdotto dopo riconosciuto il dominio bonitario ed inventata la publiciana. Ma ne' rapporti fra publiciana ed usucapione è che da

[1] Così SAVIGNY *Syst. III, 359 e seg.*, WINDSCHEID *§ 178*, MACKELDEY *§ 291*, UNTERHOLZNER *I, pag. 327, seg.*, ed altri. — V'ha di quelli, che, pur riconoscendo nel dritto romano più recente essere il requisito della b. f. distinto da quello del titolo, condannano questa distinzione come irragionevole; MAYNZ *§ 199, observ.*, e con qualche dubbiezza DOVERI *§ 97, IV.* Il Maynz dice, che essendo l'usucapione un modo originario di acquistare la proprietà, non doveano richiedersi condizioni subiettive al di fuori della persona dell'usucapiente; non dunque il giusto titolo per se preso, mentre, richiesto tal requisito, l'usucapione veniva sovente ad essere impedita per ragioni subiettive esistenti in altre persone. Può rispondersi, che il giusto titolo non si domanda come condizione subiettiva, ma che è richiesto obiettivamente, come mostreremo esponendo la nostra opinione. Vero egli è, che per la composizione del titolo è necessario il concorso di altre persone e dell'animo loro; ma ciò è ben diverso dal dire, che questo concorso sia per se ed assolutamente domandato per l'usucapione.

questa si arguisca a quella, e non viceversa, *l. 7, § 2, 17, l. 11, § 4, de publician.* (§ 352).

§ 524.

Ecco cosa penserei su questo proposito. L'usucapione, per mezzo della quale ciò che dritto non era per diuturno possedere della cosa si cangia in dritto, è di legge meramente positiva, benchè, come provammo (§ 485 seg.), non ingiusta; onde dalla legge positiva conviene apprendere fin dove giunga la sua forza, la sua applicazione. Pertanto riporterei questo requisito ai confini, che il dritto nostro ha segnati alla usucapione ed al suo scopo. Esaminando tutte le ipotesi, che il dritto romano ci offre di usucapione, vedemmo nel cap. 2° come l'usucapione si trovi introdotta ed applicata per sanare il difetto di dominio che derivi da una di queste due cause: O dal non avere l'atto di acquisto avuto per autore colui che esclusivamente poteva render altri padrone, o da qualche mancanza di rigorosa legalità che nell'atto di acquisto siasi verificata. Adunque l'atto d'acquisto ha da esister sempre. Con queste applicazioni gli autori del dritto giudicarono provveduto abbastanza a quei bisogni che suggerirono questo anomalo istituto. Non credettero necessario applicarlo anche al caso ben più grave, che atto d'acquisto manchi del tutto. Resta che, a parte i vuoti che la legge ha espressamente designati e che appunto dall'efficacia dell'usucapione vengono riempiti, il possesso per la usucapione dev'essere in analogia e rapporto col dominio, si presenta come esercizio del medesimo (§ 53, 493). Quindi deve avere un'origine atta per se all'acquisto del dominio. Ma i dominii non si acquistano colla sola volontà di trasferirli da una parte, e di averli dall'altra, *l. 17, § 1, de a. vel a. p.;* necessario essendo il concorso di cause giuste, ossia di atti esteriori, dal dritto civile dichiarati idonei a tale scopo. Mancando queste cause, questi atti esteriori, atto d'acquisto non esiste. Ecco perchè in tal mancanza, neppure ha luogo usucapione. La ragione, che abbiamo assegnata alla necessità del titolo, combina esattamente col di-

scorrere degl' imperatori Diocleziano e Massimiano *l. 24*, *C. de R. V.* « Nullo justo titulo praecedente, ratio juris *quaerere dominium prohibet. Idcirco* cum etiam *usucapio cesset*, etc. ».

§ 525.

La causa, di cui parliamo, può esistere anche senza la tradizione: la sola tradizione non può bastare a costituirla. Dimostriamo queste due tesi. Allorquando il possesso sia stato acquistato per mezzo d'una causa che di sua natura importa sempre acquisto di dominio, questa causa basta per compire il nostro requisito per l'usucapione, nè si richiede che altra causa le si accompagni. Cosi se possesso si acquisti in seguito di delazione di eredità, o di legato *per vindicationem* [1], o di abbandono (vedi § 531), questi titoli bastano a soddisfare il presente requisito dell'usucapione, e non è necessario che per questo scopo si aggiunga ai medesimi la tradizione, *l. 8*, *pro legato* [2]. Appunto perchè essi portano di loro indole e virtù la traslazione della proprietà; portano perciò che colui, a favor del quale sono fatti, occupi da per se come padrone le cose senza aspettar tradizione; insomma sono atti di acquisto (cf. § 350). È così dimostrata la prima tesi, che può la causa esistere senza tradizione.

§ 526.

D'altra parte la tradizione non basta a costituirla. Se si presenti il caso del possesso acquistato per mezzo di tradizione, affinchè corra l'usucapione bisogna trovare ancora quella che è *justa causa* della tradizione medesima (come è chiamata nella *l. 3*, *§ 1*, *de publician.* e nella *l. 44*, *§ 2*, *h. t.*), p. e. una compra vendita; la qual causa può dirsi, e da alcuni scrittori è detta, *causa remota* del trasferire il dominio. Questo,

---

[1] Se il legatario *per vind.* entri nel possesso della cosa legata senza prenderlo dall'erede, è verso di questo tenuto coll' interd. *quod legatorum*. Ciò per le speciali ragioni che esporremo § 650, e senza che alteri punto il valore del titolo di quel legato a trasferire il dominio senza tradizione.

[2] Su questo testo torneremo d. § 531.

perchè la tradizione può secondo il movente, che la produce, essere di sua natura coordinata tanto a trasferire quanto a non trasferire il dominio: a cagion d'esempio ha questo secondo carattere quando si faccia a causa di deposito o d'affitto o di comodato. Adunque la tradizione in questo punto di vista non è per se atto di acquisto, e prende solo questa qualifica quando venga unita e posta in relazione con una causa precedente la quale così la determini secondo la natura di essa causa e la volontà analoga delle parti [1]. Onde nello enunciare il titolo della usucapione non si esprime la tradizione, non si dice *pro tradito*; ma la causa remota, e si dice *ex emto* ecc. Insomma non basta la sola tradizione, perchè per se di ambiguo carattere; come non basta la sola causa remota p. e. la compra vendita, perchè non bastevole da sola a trasferire dominio *l. 5*, *l. 33*, *de a. vel a. p.* [2]. Sono necessarie ambedue: la seconda, che dia alla prima l'indole di mezzo ad acquistare il dominio. — Dalle cose discorse risulta, che il titolo nella usucapione richiedesi non subiettivamente ma obiettivamente; per lo chè può a tal requisito essere pienamente soddisfatto anche allorquando l'usucattore non pensò del titolo che in realtà aveva il suo possesso *l. 31*, *§ 6, h. t.* (§ 507).

---

[1] È per questo, che usucapione non corre se fu fatta consegna per una *justa causa*, ma affetta da condizione tuttora pendente, di modo che manchi la volontà delle parti a darle il carattere di traslatrice di dominio, *l. 4, pr., de in diem addict., l. 8, vers. Quod si pend. cond. res, de peric. et comm. rei vend., l. 2, § 2, pro emt., l. 2, § 2, pro dote, § 111, fragm. vatic.* cf. *l. 10, § 4, 5, de jur. dot.* — Diverso è se non ostante che la *justa causa* sia in relazione con un futuro evento, pure sia consono alla ragione e si verifichi in fatto, che le parti volessero trasferito immediatamente il dominio: così nell'esempio della *d. l. 2, § 2, fi. pro dote, d. § 111, fragm. vat.* (§ 539).

[2] Egregiamente scrive RANDA *pag. 202, n. 39*, che sotto la denominazione di *justa causa possessionis* non è da intendere semplicemente l'affare obbligatorio che precede la tradizione, p. e. la compra, ma tutto il complesso de' fatti che si richiede per l'acquisto del dominio, e perciò non solo il così detto *titulus* ma anche il *modus acquirendi:* pertanto quando si parla del *titulus ex emto vendito* si deve intendere la *traditio venditionis causa*. Cf. *l. 5, de a. vel a. p.*

§ 527.

Eccoci alla nota questione, se basti per l' usucapione un titolo non esistente ma che l' usucattore creda esistere; non vero, ma putativo. Che titolo putativo ed opinato non basti, che non giovi all'usucapione l'errore di falsa causa, che la *justa causa* debba esistere realmente, e tanto la prossima quanto la remota ove ambedue sono richieste; lo stabiliscono Ulp. sull'autorità di Celso *l. 27, h. t.* e su quella di Cassio *l. 1, § 3, vers. Ceterum* [1] *§ 4, pro dote,* Paolo *l. 1, pr. pro don., l. 2, pro leg.,* Giuliano *l. 6, pro derel.,* Diocl. Massim. *l. 4, C. de usuc. pro her., l. 5, C. de praescr. l. t.,* Giustiniano *§ 11, I. h. t.* — Formano difficoltà i testi, che per converso stabiliscono bastar la credenza dell'usucattore; mentre titolo o non è affatto *l. 44, § 4, vers. Idem, h. t.* Papin., *l. 3, pro suo* Neraz. Pomp., *l. 4, § 2, eod.* Pomp.; o esiste nella forma estrinseca ma senza valore *l. 7, § 2, de publician.* Ulp. (cf. *d. l. 7*; *§ 4, l. 13 , § 2, eod.*),*l. 67, vers. Quod si, de jur. dot.* Procul., *l. 12, v. idque tu scias* (ved. § 491, n. 2), *l. 13, § 1, h. t.* Paol., *l. 31, pr. eod.* Paol. (vi è escluso il solo errore di dritto), *l. 2, § 15, 16, pro emt.* Paol., *l. 3, pro her.* Pomp. (ved. § 544), *l. 4, pro leg.* Paol., *l. 9, eod.* Ermogen. [2] — Cresce la difficoltà nel confrontare colle altre cause la compra vendita. In diversi testi troviamo in trattato di compra vendita questa medesima varietà che abbiamo notato nelle altre cause: poichè in alcuni è stabilito che nè anche in quella basta l'opinione, *d. l. 27, h. t., l. 2, § 2, vers. idemque, pro emt.* Paol., *l. 3, pro leg.* Pap., *d. § 11, I. h. t.*; mentre in altri si trova deciso che basti la credenza almeno basata su probabile motivo, benchè compra vendita o non esista

---

[1] Questo passo è ben interpretato ne' basilici *L, 8, 1, Heimb. V, 70.* « εἰ μὴ ἀνίσχυρος ὁ γάμος εἴη· τότε γὰρ οὐδὲ προίξ ἐστιν »

[2] Suole enunciarsi fra questi testi anche la *l. 33, § 1, vers. Hoc amplius, h. t.* Giulian. Ma ivi trattasi di quella *pro herede usucapio* alla quale è sempre ammesso chi si creda erede mentre non lo è; e se vi si richiede una giusta causa di stimarsi erede, ciò è disposto per escludere l'applicazione della regola *nemo potest mutare sibi causam possessionis*; come bene riflette ARNDTS *Rhein. Mus. II, pag. 128, n. 4.* Cf. § 548, n. 1.

affatto *l. 11, pro emt.* Afric. [3], *l. 5, § 1, pro suo* Neraz. [4], *l. 2, § 6, vers. Sed si, pro emt.* Paol., o esista soltanto nella forma senza valore, *d. l. 7, § 2, 4, d. l. 13, § 2, de publician., d. l. 12, d. l. 13, § 1, d. l. 31, pr. h. t., d. l. 2, § 15, 16, pro emt., l. 7, § 5, v. sciens, pro emt.* Giulian. (§ 491, n. 2). Ma in due frammenti di Paolo è la compra vendita separata dalle altre cause; e mentre in queste è detto potersi ammettere il titolo putativo, in quella è negato, *l. 48, h. t., l. 2, pr. pro emtore.*

§ 528.

La generalità degli scrittori, collegando il requisito del titolo a quello della b. f., suol distinguere il giusto e proba-

[3] Parrebbe a prima vista che nel frammento di Africano il mandante non dovesse possedere ed usucapire *pro emtore* ma *pro soluto;* mentre, dato il mandato a comprare, il mandatario che compra possiede *pro emtore*, ed il mandante comincia a possedere poscia per la consegna che gli fa il mandatario in soddisfazione del contratto di mandato. Ma convien ricordare, che quantunque rigorosamente il procuratore prenda a nome suo ed esso principii a possedere, pure è ammesso che prenda a nome del mandante ed il possesso acquisti subito ad esso. E benchè il rigido Africano preferisse talvolta di guardare questo affare sotto il primo punto di vista (§ 237, n. 1), pure non ignorava al certo la possibilità del secondo e dovea all'opportunità tenerne conto. Nè osta, che nella *l. 11* si supponga che il procuratore figurasse di aver comprato a suo nome (« se emisse »); mentre ciò non toglieva punto che inducesse anche il nome del mandante allo scopo di comprare direttamente per lui, *emo pro Titio ;* anzi neppure poteva contrattare inducendo il solo nome del mandante, *emit Titius;* mio lib. *De oblig. p. 139, seg.*

[4] In quest'altro testo sembra far anche difficoltà, che l'erede sia ammesso all'usucapione, mentre l'autore mancava di titolo. Ma nel caso, secondo ciò che esporremo in seguito, anche esso autore sarebbe stato ammesso ad usucapire; se cioè il servo, cui aveva data commissione di comprare e che non avea obbedito, avesse ad esso autore consegnato la cosa. Ora un erede può sempre cominciare ad usucapire, quando il non aver cominciato l'autore dipese non da difetto di b. f. in esso, ma da mancanza di circostanze meramente estrinseche. Le quali avrebbero potuto senza alcun ostacolo verificarsi presso l'autore, e così farlo usucapire; e solo accidentalmente incominciarono presso chi lo rappresenta, cf. *l. 24, § 1, h. t.* Su questo punto torneremo quando parleremo della usucapione *pro herede.*

bile errore dall' improbabile, ed in quello ammettere, negare in questo l'efficacia del titolo putativo. Basata sopra un supposto, che vedemmo non solido, questa opinione non può dare soddisfacenti risultati. Nè spiega la singolarità della compra vendita, che pur trovasi segnalata nè due testi di Paolo ultimamente citati. — Savigny *Syst. III, pag. 362* crede, che il titolo putativo possa bastare all'usucapione in circostanze straordinarie che rendano scusabile l'errore. E dell'avviso medesimo è Arndts *Rhein. Mus. II, p. 284*, parlando di circostanze affatto speciali. Ma oltre che neppure questi due nobili scrittori rendon conto della specialità della compra vendita, urtano ne' surriferiti testi, nei quali il titolo putativo è ripetutamente accettato senza che mai si desiderino aggiunti straordinari. Anche le circostanze enunciate espressamente nella *l. 11, pro emt.* e nella *l. 5, § 1, pro suo* non hanno alcun carattere straordinario, e sono meramente tali, quali pur conviene che siano per rendere credibile un errore. Solo un *probabilis error* è domandato dalla *d. l. 5, § 1, pro suo*, solo una *non levis praesumptio* dalla *l. 44, § 4, h. t.* — Maynz *§ 199, obs.* scorge in questo articolo un vacillare del principio sulla necessità del giusto titolo nell'usucapione, conseguenza della erroneità da esso supposta del principio medesimo. Ma questa supposizione già è stata esclusa (§ 523, n. 1). — Alcuni scrittori [1], ravvisano dissenso fra' giureconsulti; e lo ravvisano chi più chi men largo. Altri trovano dissenso fra Celso ed Ulpiano da una parte, Nerazio e Pomponio dall'altra; e citano la *l. 27, h. t.* confrontata colle *l. 3, l. 5. pro suo.* Altri, oltre il riconoscere il dissenso fra questi giureconsulti e l' unire anche la *l. 3, pro her.* a dimostrare la supposta opinione di Pomponio, credono che come lo stesso Pomp. la pensasse pure Giavoleno, citando la *l. 5, pro leg.* Anche questa opinione non può accettarsi. Non che dispute non siano state fra gli antichi; memoria apertamente n' è fatta nella *d. l. 27*, ed un cenno chiaro nella *l. 3, pro her.* (cf. § 544) e nella *l. 3, pro suo.* Ma contradizione non fu frai giureconsulti citati; nè trovasi nei

---

[1] Così VOIGT *Cond. ob caus. § 37*, STINTZING *pag. 105*, ecc.

testi riportati nelle pandette, de' quali vedremo come siano in armonia fra di loro. Sulla *l. 3*, *pro her.* convien per ora notare l'autorità de' « plerique » invocata da Pomponio, che indica come esso riferisse una non speciale sentenza. E sulla *l. 5*, *pro leg.*, che nulla ha che fare colla nostra disputa. Essa è unita con contesto di trattato alla seg. *l. 6*, *eod.* È il caso di cosa altrui legata *per damnationem*, consegnata dopo la morte del testatore dall'erede al legatario senza redimerla dal vivente proprietario. Il legatario, che la credeva propria del testatore (giacchè anche le cose del testatore possono esser legate *per damnationem*, *Ulp. XXIV*, *8*, *Gaj. II*, *197*, *202*), la usucapirà *pro legato*. Nulla mancava alla verità del titolo.

§ 529.

Anche in questa intricata controversia mi sia lecito proporre una mia opinione. In massima il titolo dev'esser vero, non basta il putativo, per la ragione che il titolo non viene richiesto nella usucapione come complemento del requisito della b. f. ossia subiettivamente, ma per se stesso ed obiettivamente, siccome provammo. La difficoltà contro questa tesi, per se così netta, è, che talvolta l'opinione d'una *justa causa*, che in realtà non esista, può ridurre le cose a tal punto da soddisfare alle ragioni per cui la *justa causa* fu nelle usucapioni richiesta, e così render superfluo il requisito. Poichè, come vedemmo, il titolo fu nelle usucapioni dimandato per la ragione che la mancanza di esso importerebbe mancanza di trasferimento di dominio, ora le usucapioni non furono mai prodotte a sanare mancanze di dominio di questa natura e provenienza. Ma (sorge qui la difficoltà) se alcuno persuaso di dovere ad un altro la cosa per una causa realmente non esistente, glie la consegni; tale tradizione è di sua indole adatta a trasferirne il dominio. Tanto vero, che, se il tradente era il padrone, non può dopo la consegna rivendicare la cosa ma è ammesso solo ad agire personalmente colla *condictio indebiti*. Ecco dunque la *causa remota* non più necessaria a rendere la tradizione atta per se a trasferire il dominio; sembra cessata la enunciata ne-

cessità per l'usucapione. Rispondiamo a questa difficoltà, che la tradizione fatta nella erronea opinione di una causa precedente è certamente idonea di sua natura a trasferire il dominio, ma che questa è cosa che le leggi nostre dovettero accettare per la inevitabile forza dell'atto di consegna informato dalla volontà del tradente e dell'accipiente a dare e a prendere la proprietà. Ma quelle leggi, che non potevano sfuggire a questa dura conseguenza delle generali teorie sui trasferimenti del dominio, dettate da esse stesse e dalla ragione, ben avvertirono tale durezza, e la corressero, come si poteva, introducendo le *condictiones,* istituti di legale equità co' quali si potesse riprendere un dominio per rigore perduto. Ed esse leggi, le quali nel demarcare i confini delle usucapioni non erano legate da alcun vincolo di precedente ragion comune che strettamente determinasse, ma erano lasciate libere nella loro opera positiva e diretta, ben si guardarono dal giudicare soddisfatto il requisito del titolo per mezzo di una tradizione, la cui forza traslatrice di dominio dispiaceva alla loro equità. Qui, dove liberamente potevano, contarono questo titolo non equo per titolo nullo. — Pertanto in questo trattato formano la regola generale i testi, che e in genere, ed in ispecie anche sulla compra vendita, stabiliscono la necessità del titolo veramente esistente, *l. 27, h. t., l. 2, § 2, vers. idemque, pro emt., l. 1, § 4, pro dote, l. 1, pr. pro don., l. 6, pro derel., l. 2, l. 3, pro leg., l. 4, C. de usuc. pro her.* (cf. § 541), *l. 5, C. de praescr. l. t., § 11, I. h. t.*

§ 530.

Ma come tutto il dritto nostro alle regole suole apporre limitazioni, così ne appose varie e giustissime a questo punto, parte come eccezioni reclamate dal raziocinio, e parte come temperamenti richiesti da quel senso pratico al quale tanto era stato dato, siccome abbiam visto, in tutta la teoria delle usucapioni. — La prima eccezione, che è una conseguenza del discorso tenuto nel paragr. preced., fu per quella causa putativa, la quale fosse atta a far trasferire il dominio non

solo per rigore ma anche giusta la legale equità, di modo che cessino le *condictiones*. Così se fu consegnata una cosa nella falsa opinione di debito nato da legato *per damnationem*. Dappoichè a tal pagamento è data forza di trasferire la proprietà, negata anche la *condictio indebiti*, mentre vi si ravvisa quasi una transazione, *l. 4*, *C. de cond. indeb.*, *§ 7*, *I. de obl. quae quasi ex contr.* Così sono spiegate la *l. 4*, *§ 2*, *pro suo* e la *l. 4*, *vers. Idem*, *pro legato.*

§ 531.

Un'altra logica eccezione è pe'casi nei quali esista la forma del titolo, e valore gli manchi ma per la sola e mera ragione, che o il titolo stesso non abbia per autore il padrone della cosa, o sia privo di una legalità richiesta dal rigoroso dritto. Imperocchè in tali ipotesi la mancanza del titolo ricade assolutamente in quelle mancanze appunto, per le quali le usucapioni sono state introdotte (§ 487 segg.). Quindi si spiega perchè possa usucapirsi una cosa avuta *pro derelicto* da un non padrone. Egli è certo, e giustamente l'osserva Stintzing *pag. 95 seg.*, che *derelinquere* non può che il padrone *§ 47*, *I. de rer. div.*: onde il caso di derelizione fatta da un non padrone è da paragonarsi, generalmente parlando, all'altro caso che derelizione non sia stata fatta da alcuno. Ma non mi sembra che Stintzing abbia ragione quando mette alla pari i due casi anche in punto di usucapione. Dappoichè è pur vero, che nel primo caso la forma dell'abbandono esiste e mancagli valore solo per non essere il medesimo provenuto dal padrone; nel secondo poi manca anche la forma, e valore non v'è per la più generale ragione che di abbandono c'è nulla. Onde secondo le idee fin qui esposte e secondo le date ragioni, nel secondo caso non ammetteremo l'usucapione ad onta della opinione subiettiva, ma l'ammetteremo nel primo. E così si concilia colla *l. 6*, *pro derel.* (« Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse ») la *l. 4 eod.* « Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus (§ 507), usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a

quo derelictum sit ». Si aggiunga l'altra specie della *l. 5, pr. vers. si id, pro derelicto* (§ 496). — Per eguale ragione si poteva usucapire una cosa altrui legata *per vindicationem*; *l. 4, pro leg.* nelle parole « si res aliena legata sit » (dove senza dubbio Triboniano tolse secondo il suo costume le parole *do lego*), *l. 9. eod. tit.* nelle parole « sed et si non jure legatum relinquatur » [1]. Dopo il senatusconsulto neroniano [2] qui si sosterrebbe il vero titolo, perchè in forza del senatusconsulto medesimo quel legato si ritiene come scritto *per damnationem* [3]. Ma anche prima di questo senatusconsulto, o prescindendo dal medesimo, l'usucapione correva ad onta che il titolo dovesse sotto questo punto di vista dirsi nullo. Appunto perchè nullo per la sola ragione che proveniva da non padrone. Tanto vero, che anche dopo il neroniano il titolo del legato scritto di cosa altrui *per vindicationem* viene riguardato quanto all'usucapione nell'aspetto di legato *per vindicationem*, ed è perciò dichiarato sufficiente per essa anche senza che gli sia succeduta tradizione, *l. 8, pro leg.* (§ 525). Non sarebbe certamente così, se venisse applicato assolutamente quel senatusconsulto; mentre allora dovrebbe riguardarsi come un legato *per damnationem, Gaj. II, 197.* — All'eccezione, di cui ci occupiamo, appartiene anche l'usucapione ammessa da Giuliano nel caso della cosa alienata dalla donna senza l'autorità del tutore, *fr. vat. § 1* (§ 489); nonchè quella ammessa nel tutore, nel procuratore, nel gestor de'negozi, che avessero comprato in un'auzione cosa creduta erroneamente del pupillo, del mandante ecc., *l. 2, § 8, 9, pro emt.* (§ 490). Del titolo non c'è che la forma, il valore manca, ma manca per il difetto di rigida legalità, al quale precisamente rimedia l'usucapione; e perciò questa corre.

---

[1] Add. § 559, n 1,

[2] Di questo senatusconsulto parlai largamente nel mio lavoro *Dritto d'accresc. § 108 segg.*

[3] Si può domandare come Ermogeniano *d. l. 9.* parli di dispute, secondo ogni probabilità successive al neroniano. Credo, non in vista del caso che qui trattiamo, ma di altri legati lasciati « non jure », come di quello per *praeceptionem* ad un estraneo, sui quali fu discusso se venissero o no confermati dal senatusconsulto, *Gaj. II, 218, d. lib. Dritto d'accresc. § 109.*

§ 532.

Fin qui nulla di singolare nella compra vendita: eguale la causa di essa con quella degli altri titoli *fr. vat. d. § 1, d. l. 2, § 8, 9, pro emt.* La distinzione la troveremo nell'altra limitazione alla regola sulla necessità del vero titolo, che ora siamo per esporre. — Imperocchè anche se si trattasse di casi non compresi nelle due eccezioni fin ora esposte, ma rientranti nella regola; pure fu alla regola medesima imposta una limitazione generale suggerita dalla utilità comune. Questa è, che possa bastare il titolo putativo, purchè però venga appositamente provata da chi vuole usucapire la giusta causa del suo errore. Si noti bene la gran differenza che corre fra il modo con cui le leggi nostre inducono il requisito della b. f., e il modo con cui ammettono l'errore come supplemento del requisito della giusta causa. La b. f. non dev'essere provata dall'usucapiente, ma semplicemente da lui asserita (§ 500). Mentre per converso se manchi vero titolo l'usucapiente è tenuto a dimostrare la presenza di tali circostanze, le quali rendano plausibile tale sua erronea credenza. Queste riflessioni sono sufficienti a spiegare non pochi dei testi, che stabiliscono bastare all'usucapione la opinione dell'esistenza e del valore d'un titolo, che in verità non esista o non valga, *l. 67, de jur. dot., l. 44, § 4, vers. Idem, l. 48, vers. Si existimans, h. t., l. 2, pr. vers. Si tamen, pro emt., l. 3, pro her, l. 4, verb. aut testatoris etc., l. 9. verb. vel legatum etc. pro leg., l. 3, pro suo* [1]. Che giusto debba essere

[1] Dobbiamo però ricordar sempre, che stiamo spiegando i requisiti dell'usucapione dentro il campo alle usucapioni stabilito dal dritto (§ 487 segg.). Quindi la prova dell'errore, di cui parliamo, suppletiva al requisito del titolo, l'ammettiamo purchè non si ecceda quel campo. Non daremo perciò luogo giammai ad usucapire quando alcuno acquistò da un pupillo o da un furioso cose di proprietà di esso pupillo o furioso, benchè alleghi e si disponga a provare il suo probabile errore. Quando si tratti di cose di proprietà dell'alienante, e la provenienza dal padrone sia viziosa e nulla per civile e naturale ragione; non è affatto ipotesi per usucapire; si è fuor della cerchia disegnata alla teoria delle usucapioni dal complesso delle leggi nostre (§ 491).

l'errore che vuol provarsi, è stabilito da Papin. *l. 44*, *§ 4*, *h. t.* non ammettendo all'usucapione colui che « levi praesumptione credat »; ed è compreso nella tesi generale di Paolo *l. 31*, *pr. eod.* ove è escluso l'errore di dritto come fattore nell'usucapione. Quindi è che troviamo assolutamente, e senza limitazione in vista di subiettive opinioni, escluso dalla usucapione *pro herede* e *pro legato* chi non abbia la necessaria *testamenti factio*, *l. 4*, *pro her.*, *l. 7*, *pro leg.* Dappoichè l'ignoranza del proprio stato non è plausibile [²].

§ 533.

Sulla limitazione esposta or ora incomincia e si compie, siccome dissi nel principio del preced. paragr., la singolarità della compra vendita. Cercai di dimostrare § 517 seg. la ragione, per cui nella compra vendita la b. f. è richiesta anche all'epoca del contratto. Vedemmo esser ciò stato costituito onde rendere giustamente più facile all' oppositore dell' usucapione la prova della mancanza della b. f. nell'avversario; facilità, che la natura di questo affare, e gli eventi soliti a riprodusi in esso, rendevano ragionevole e propria. — Era fra le astuzie de'malvagi e la sapienza delle leggi impegnata la lotta [¹]. Sia che queste prevedessero, sia che ulteriore esperienza insegnasse, si conobbe la necessità di altri provvedimenti che confermassero e rendessero utili in pratica quelle

---

[²] Credo che simile fosse la ragione di dubitare per cui Ermogen. nella *l. 9, pro leg.* dice che anche nel caso del legato *ademtum* ci fossero grandi varietà d'opinioni sull'ammettere l'usucapione, vale a dire sull' ammettere la prova di giusta ignoranza. Credo che a taluni giureconsulti sembrasse non plausibile la ignoranza de'codicilli coi quali il legato era stato tolto. Però fu ricevuta la sentenza che potesse esservi giusta ragione di tale ignoranza *ib.* e *l. 4, eod. tit.*

[¹] Non è punto nuovo, che rapporto a sanzioni di dritto, introdotte per occorrere ad azioni maliziose, si trovino delle costituzioni, che non possono essere spiegate se non escogitando finissime astuzie, che furono da malvagi inventate per eludere le dette sanzioni, ed alle quali vien riparato con esse costituzioni. Mi cade in pensiero l'esempio implicitamente enunciato da Paolo nella *l. 71, pr. de hered. inst.* a proposito delle istituzioni d'erede *captatoriæ*

saggie disposizioni. Si previde, o accadde di fatto, che astute persone trovassero modo di eluderle fingendo che niuna contrattazione avesse avuto luogo fra loro. Nascondessero accuratamente il tempo e il luogo della loro contrattazione: asserissero aver avuto luogo la sola tradizione per erronea opinione d'un titolo che in verità non era esistito. Predisposte le circostanze in modo, che potesse un giorno sembrar probabile l'errore, e così riescire a quella prova che supplisse la mancanza della *causa remota*. Con questo modo toglievasi di fatto al padrone la facoltà, che le provvide leggi gli avevano accordata, di segnalare la m. f. nel contratto; poichè il contratto veniva posto fuori di vista. Cotesta frode maneggiata fra due sole persone, il compratore e il venditore, com'era agevole a combinarsi, così lo era a nascondersi. Ma le leggi, che alle frodi le quali facilmente avvengono e difficilmente si discuoprono, debbono opporre validi ostacoli, trovarono un rimedio ben riciso e spedito per difendere le prese disposizioni. Cioè che nella compra vendita non avesse ad udirsi chi asserisse ed anche volesse accingersi a dimostrare, che se contratto non c'era esisteva però il proprio giusto errore; dovesse assolutamente essere indicato il contratto, onde il padrone avesse facoltà d'indagarvi, e, se m. f. vi era stata, di segnalarla e godere delle savie misure che rapporto a ciò erano state prese dalle leggi. Che questo dritto speciale nella compra vendita quanto al titolo putativo si colleghi coll'altro dritto speciale nella medesima quanto all'epoca della b. f., risulta dalle parole de'due testi ne'quali è quello marcato, parole di cui non mi pare che sia stato sempre tenuto quel conto che meritano. Ecco l'espressioni di Paolo nella *l. 48*, *h. t.* « Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud si putem, me ex causa venditi teneri, et ideo tradam; hic enim, nisi actio praecedat, pro emtore usucapio locum non habet. *Diversitatis causa in illo est,* quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur: neque interest, cum stipulor sciam alienum esse, necne: sufficit enim, me putare meum esse, cum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur, et quod solvitur: nec potest pro emtore usu-

capere, qui non emit; nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus ». Ed ecco le parole di Paolo stesso nella *l. 2, pr. pro emt.* « Pro emtore possidet, qui revera emit; nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse causa emtionis. Si tamen existimans me debere, tibi ignoranti tradam, usucapies. Quare ergo, et si putem me vendidisse, et tradam, non capies usu? scilicet, *quia* in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus; sic denique, si sciens stipuler rem alienam, usucapiam: si cum traditur mihi, existimem illius esse: at in emtione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur. Igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse ». Questa operazione delle leggi sulla compra vedita fu agevolmente escogitata e compiuta; perchè il dritto regolare era, che il titolo dev'esser vero e non putativo; e l'ammissione della prova del giusto errore era stata indotta come una irregolarità: ora è sempre facile nel dritto nostro il ritorno alle regole. Quindi il detto « eum qui existimat, se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere » fu agevolmente ripetuto da tutti i giureconsulti, fu un detto « vulgo traditum », come riferisce Africano *l. 11, pro emt.* — Dal confronto della compra vendita colle altre obbligazioni nella nostra questione, s'intende perchè nella usucapione per compra è adoperato il solo titolo *pro emto* e non anche l'altro *pro soluto*, il quale viene usato negli altri contratti: riflessione fatta da Paolo, precisamente nello sciogliere la detta nostra quistione, *d. l. 48, in fi.* Questo, perchè quanto alle altre cause si ammette l'usucapione anche senza l'esistenza della *causa tradendi* ossia *solvendi*, purchè si dimostri una special ragione di giusto errore cosicchè nella stessa soluzione era a fissare unicamente la causa (cf. *l. 46, h. t.*); mentre nella compra vendita non è ricevuto altrettanto.

§ 534.

La singolarità, che abbiamo designata nella compra vendita, arriva fin dove giunge la ragione che la dettò. E così noi

siamo in grado di poter spiegare colle riflessioni fatte sulla detta ragione anche i limiti, che a detta singolarità si trovano segnati; lo che, se troppo non c'illudiamo, è argomento di non esserci allontanati dal vero. — Si ponga, che la compra vendita esista e venga segnalata, solo che in essa s'indusse meno di ciò che fu poi consegnato, il consegnato eccedette il venduto. Si comprarono cento jugeri, se ne consegnarono centodieci. Soddisfatto pienamente alla necessità di designare il contratto per l'indagine sulla b. f., questo eccesso non farà ostacolo all'usucapione anche della parte non venduta, *l. 2*, *§ 6*, *vers. sed si*, *pro emt.* (§ 205). — Si ponga, che esista e venga segnalata una forma di compra vendita pura e semplice, ma destituita di legale valore, nè solo per diritto rigoroso (chè allora tornerebbe l'eccezione descritta § 531, comune a tutte le cause), ma per dritto pienamente consono alla convenienza della ragione. Anche qui è designato il contratto, l'indagine relativa alla b. f. può eseguirsi senza ostacolo; non v'è più ragione di fare specialità per la compra vendita, sarà ammessa la prova del giusto errore come nelle altre cause. Così si spiegano i molti testi, che citammo § 527, circ. fi.; le *l. 7. § 2, 4, l. 13, § 2, de publician., l. 12, l. 13, § 1, l. 31, pr. h. t., l. 2, § 15* [1], *§ 16, pro emt.* [2], *l. 7, § 5, eod.* Si noti come sempre si ammetta il giusto e plausibile errore, e sia escluso l'errore di dritto, *d. l. 31, pr. h. t., d. l. 2, § 15, pro emt.* — Si ponga finalmente, che altri asserisca e si dichiari pronto a provare di aver dato mandato ad un servo o ad un procuratore per comperare da Tizio; non avere il commissionario comprato, ma, ottenuta la cosa in qualsivoglia modo, averla a se consegnata persuadendo di averla comprata. Qui col moltiplicarsi delle persone,

---

[1] A ragione SAVIGNY *Syst. III, pag. 351, n. f.* crede doversi supporre nella specie di questo testo, che il pupillo per la sua esteriore apparenza avesse sembianza d'esser pubere. — Ed a ragione CUJACIO *ad lib. 54, Paul. ad ed.* sostiene che deve leggervisi « ut hic plus sit in existimatione, quam in re ».

[2] La « utilitatis causa » invocata in questo passo è precisamente quella che persuase l'ammissione della prova del giusto errore nella mancanza di vero titolo.

alle quali è fatto richiamo, la frode è difficile e a comporsi e a celarsi; non è più necessario quel riciso rimedio delle leggi di non ammetter cioè neppure la prova d'un errore probabile. D'altra parte l'ignoranza nella fattispecie allegata è tanto più verosimile in quanto che è assai credibile l'ignoranza di fatti altrui. Quella prova è ammessa. E così vanno spiegate a mio credere le *l. 11*, *pro emt.*, *l. 5*, *§ 1*, *pro suo* [1].

§ 535.

Quanto al titolo resta a fare un'osservazione, a mio avviso molto importante. Siccome il possesso diretto all'usucapione, essendo mezzo riconosciuto allo acquisto del dominio, dev'essere in analogia col dominio (§ 53, 493), e siccome al dominio conduce per mezzo della sua continuità *l. 3*, *h. t.*; viene per conseguenza, che il possesso medesimo alla usucapione diretto non solo deve avere per origine un titolo atto per se ad acquistare il dominio, una *justa causa* (§ 524), ma deve in tutto il suo corso riportar sempre la sua ragione d'esistere alla *justa causa* stessa. Ed è per questo, che le *justae causae* formano i vari generi di possesso e danno *titolo* al medesimo; *pro em-*

[1] Non si deve confondere col trattato tenuto sulla compra vendita il caso, in cui la compra vendita esista, ma non abbia ad essa fatto seguito la tradizione, pur necessaria in questi aggiunti a comporre il titolo dell'usucapione (§ 526). Non valendo qui alcuna speciale ragione, torna la suddescritta generale limitazione alla regola sulla necessaria verità del titolo, e si ammette la prova dell'errore probabile. Qui spetta il vessato passo di Papin. *l. 44, § 4, ff. h. t.* Avea parlato Papiniano dello errore di colui, che credevasi figlio di famiglia mentre era divenuto padre di famiglia; ed avea stabilito che ciò non pregiudicava all'usucapione (§ 508). Ora tratta dell'errore di colui, che « ex patris hereditate ad se pervenisse rem emtam non levi praesumptione credat », ed anche qui ammette l'usucapione. Accursio fece la specie puntuale: Il padre avea comprato la cosa che non era del venditore; non gli era stata consegnata. Morto esso, per caso si trovò la cosa stessa fra le ereditarie. Il figlio erede crede che vi si trovi in seguito di consegna già fatta al padre suo per la causa della compra. Regolarmente parlando mancherebbe la verità del titolo per la usucapione: supplisce, in virtù della limitazione introdotta *utilitatis causa*, la prova della *non levis praesumptio*.

tore, *pro donato*, *pro legato*, *pro dote*, *pro herede*, *pro noxae dedito*, *pro suo*, *l. 3*, *§ 21*, *de a. vel a. p.* Dappoichè ne divengono compagne costanti, e permanenti qualità. Pertanto l'usucapione non può più correre, se, nato pure il possesso da *justa causa*, avvengano poscia, mentre quella si va formando, tali cangiamenti, onde il possesso debba oggimai riportarsi ad una nuova causa; la quale, distrutto l'antico carattere del possesso, lo renda per se privo di rapporto e di analogia col dominio. Con queste teorie spiegherei diversi difficili frammenti, e sopra tutti la celebre *l. 4*, *pr. pro suo*. La specie, che fa Pomponio, è la seguente. Comprasti in b. f. un'ancella furtiva, non usucapibile: presso di te fu concepito e nacque un figlio da essa, e dal tempo della nascita tu cominci da usucapirlo (§ 574). Entro il tempo stabilito dalle leggi per tale usucapione, risapesti esser la madre aliena, furtiva. Trebazio credeva che non ostante ciò l'usucapione corresse. Pomponio distingue « Ut si nescieris intra statutum tempus, cujus id mancipium esset (questo era indubitato): aut si scieris, neque potueris certiorem dominum facere, aut si potueris quoque, et feceris certiorem: usucaperes: sin vero cum scires, et posses, non feceris certiorem, contra esse. » Si presenta spontanea la difficoltà, sembrar la questione aggirarsi sulla m. f. se osti o no nel caso alla usucapione; la m. f. sopravveniente non nuocere; sembrar dunque migliore l'assoluta affermazione di Trebazio della distinzione di Pomponio; esser detto di Paolo *l. 4*, *§ 18*, *h. t.* « quod si, cum jam usucaperet, cognoverit alienam esse (ancillam furtivam): initium usucapionis intueri debemus, sicut in emtis rebus placuit ». Non è buono l'invocare che fece Accursio l'odio contro il ladro così che non possa usucapirsi il parto dell'ancella furtiva in qualunque tempo il possessore abbia risaputo il furto sulla madre. Ben riflette Cujacio *VIII*, *268*, *A.* [1] come la regola sulla necessità della b. f. nel solo principio sia generale: traccia non si trovi di quel tale supposto odio contro il ladro, rivolto finalmente

[1] Però in altro punto delle sue opere, *I*, *1403*, *D.*, CUJACIO segue la spiegazione d'ACCURSIO.

a danno di uno che ladro non è. Ma neppure mi pare bene riescita la prova del Cujacio, doversi supporre che la scienza del furto incominciasse ad essere nel compratore prima della nascita del parto così che questo mai fosse stato in b. f. posseduto. Osta la posizione della questione « intra costitutum usucapioni tempus cognosceres matrem ejus furtivam esse »: osta la risoluzione di Pomponio, la quale, se vera fosse la congettura di Cujacio, avrebbe dovuto essere sempre, e senza altro requisito, escludente la usucapione del parto. — Unterholzner *to. 1, pag. 439*, ed altri riconoscono una special sentenza di Pomponio, abbandonata dagli altri giureconsulti. Su questa opinione, che cerca sostegno unicamente sopra altri testi nei quali sono o si crede che siano singolari opinioni simili di Pomponio (cioè *l. 32, § 1, h. t.* e *l. 46, § 8, de furt.*), si veda quel che scrivemmo § 507.

§ 536.

Secondo me è da distinguere, siccome abbiamo distinto, il requisito della b. f. da quello del titolo qualificante il possesso. La prima basta in principio dell'usucapione: il secondo deve perseverare nel modo che abbiamo descritto. Un esempio nel precario che sopravvenga; per cui cessa al certo la usucapione, in genere anche perchè finisce l'animo di padroneggiare, talvolta senza che tale animo finisca (come nella specie della *l. 29, de pign. act.*, § 136). Imperocchè è inconciliabile il possedere per titolo *pro emto* o per altro titolo analogo di sua natura ai dominii, ed insieme a precario, che per sua natura discorda dall'idea dell'acquisto del dominio. Se esiste questo, convien che cessi quello, e perciò che cessi l'usucapione; « sola precarii rogatio supererit, idcirco usucapio tua interpellabitur » *d. l. 29, de pign. act.* « cum... desinat ex prima causa possidere qui precario vult habere » *l. 6, pr. pro emt.* — Un altro esempio nella *l. 44, de d. i. v. e. u.* Un estraneo non sapendo che la cosa era del marito, il quale neppure sapeva che fosse sua, la donò alla moglie ignara anche essa di tale proprietà del marito. La donna usucapisce, non ostan-

dole la nullità del titolo mentre non è il conjuge che le ha donato. Or poni, che la moglie abbia, durante il formarsi della usucapione, risaputo che la cosa apparteneva al marito. L'usucapione correrà ancora, perchè nulla si cangia in quel titolo antico, e quanto alla buona fede le sopravvenienze non pregiudicano. Ma poni, che ambedue vengano a conoscere il vero essere della cosa, e moglie e marito, e che questo si astenga dal rivendicare. L'usucapione cessa, perchè incomincia nella moglie una nuova causa di possedere, la donazione del marito, la quale dai costumi e dalle leggi è posta fuori d'ogni rapporto col dominio. Nerazio decide « interrumpetur usucapio. »[1] — Così nel caso della nostra *l. 4, pr. pro suo.* Se il compratore di b. f. dell'ancella furtiva, mentre stava usucapendo col titolo *pro suo* (§ 539) il parto concepito e nato presso di se, cominciò a conoscere il vizio che si trovava nella madre; questo non basta ad interrompere la usucapione per la ragione che la m. f. sopravvenente non nuoce. Ciò definisce Paolo *d. l. 4, § 18, h. t.* Ciò suggeriva a Trebazio nella nostra *l. 4. pr.* un'assoluta ammissione d'usucapione[2]. Ma si aggiunga la circostanza, che egli non faccia, mentre lo poteva, consapevole il padrone, e nasconda; allora « clam possedisse

---

[1] Il testo della *d. l. 44* nel *vers. Sed si* come si legge nella fiorentina manca di senso e di sintassi. Alcuni vorrebbero dopo le parole « ipsius mulieris scientia » porre un segno d'interrogazione per trovare nelle parole seguenti « proprius est etc. » una soluzione alla ultima fattispecie contraria a quella da noi spiegata; correr cioè l'usucapione, non esser caso di proibita donazione. Lo che se non altro urterebbe contro la regola, che nel punto di donazioni fra conjugi è stata gelosamente custodita, non doversi tollerare frodi fatte alle leggi. Meglio è cangiare altrimenti l'interpunzione, come fa Mommsen sull'autorità de' basilici; finire il periodo colle parole « ab eo factae donationis », riportare le suddette « Ipsius mulieris etc. » come principio del periodo seguente.

[2] Il figlio dell'ancella non diviene furtivo per questo avvenimento. Poichè, onde esista furto, è necessario che l'*animus furandi* o preceda o accompagni la prima contrettazione fatta per padroneggiare; la quale contrettazione possa così da quell'animo esser caratterizzata per furto (§ 514 n. 1). Nel caso il compratore e prima, quando era in b. f., padroneggiava, ed ora segue.

videberis »; non solo v'è m. f., ma clandestinità. Ora al diportarsi da padrone in tutto e per tutto, e nel modo più aperto, lo che è nell' indole del titolo *pro suo* (§ 538), può combinarsi la m. f., la clandestinità non già, che è in contradizione. Quel titolo è distrutto; si muta la specie del possesso, per valermi del linguaggio della *l. 3, § 21, de a. vel a. p.,* da abile che era diventa inabile all'usucapione; l'usucapione è interrotta. Ciò stabilisce Pomponio, rendendo appunto la ragione « neque enim idem et pro suo, et clam possidere potest ». — E così si spiega anche la *l. 11, § 3, de publ. in rem act.*, dove Ulp. sull'autorità di Giuliano decide, che io dopo avere acquistato in b. f. l'ancella furtiva, posso colla publiciana domandare il parto concepito e nato presso di me « si modo eo tempore quo experiar, furtivam matrem ignorem. » Poichè, se non ignorassi, non sarebbe stata ammessa la publiciana assolutamente, ma sarebbero state fatte le distinzioni di Pomponio (cf. § 352, fi.) [3].

§ 537.

Abbiamo esposto com'era d'uopo la teoria generale del titolo ossia *justa causa* nelle usucapioni. I titoli in specie sono enunciati nelle pandette *l. 3, § 21, de a. vel a. p.* e *l. 17, h. t.*, nel codice *lib. 7, tit. 26, segg.* Parlare qui de' singoli sarebbe opera inutile, perchè per lo più o sono per se chiari o già sono stati esposti di sopra in questo trattato. Di due soli conviene parlare *ex professo* perchè hanno concetto non facile, nè sono stati ancora pienamente spiegati, cioè del *pro suo* e del *pro herede.* — Quanto al titolo *pro suo* [1] è mio avviso, che con esso possegga colui, il quale tratta la cosa palesemente come sua, perciocchè o n'è il padrone, o, pur non essendolo, acquistò in b. f. e per *justa causa.* Che anche il padrone pos-

[3] CUJACIO non trova di meglio che emendare il testo e sostituire alle parole « quo experiar » le altre « quo et pariat » Cf. MERILL. *Variant. III, 27.*

[1] Della terminologia trattano principalmente UNTERHOLZNER *Verjähr. pag. 194, seg.*, e MÖLLENTHIEL *Natur des gut. Glaub. pag. 26, no. 81.*

segga *pro suo* lo dice apertamente Paolo *l. 2*, *pro suo* « hoc enim modo possidemus omnia quae... nostra fiunt ». Anche Stefano *basil. 29*, *l. 4*, *Heimb. III*, *p. 403* « καὶ προ σοῦο μὲν νεμό-μεθα τὰ ἴδια. » — Ma inoltre possiede *pro suo* chi non è padrone ma tratta come sua la cosa acquistata in b. f. e con *justa causa*. Questo è titolo per usucapire: esponiamone i requisiti.

§ 538.

Si richiede in primo luogo la buona fede, Ulp. *l. 1*, *pr. pro suo* « Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus ». Onde bene prosegue Stefano *loc. cit.* « ἢ νομιξόμενα ἴδια εἶναι. » Consegue, che quella possessione *pro herede*, che conduce alla usucapione non ostante la m. f., non è possessione *pro suo*, Gaj. *l. 5. in fi. h. t.* cf. *comm. II*, *56.* Però credo, che per il possesso *pro suo* basti lo averlo principiato in b. f., ne si richiegga la perseveranza di questa. Lo prova la *l. 4*, *pr. pro suo*, della quale parlammo § 535, seg. Poichè colui, che mentre usucapiva il parto seppe che la madre era furtiva, benchè o non potesse render consapevole il padrone od anche lo facesse consapevole, pure non poteva in b. f. perseverare a far da padrone sul parto stesso [1]. Sempre faceva scientemente torto al padrone; poichè non basta o non poter fare consapevoli i padroni dell'esistenza della cosa loro presso di noi, o farli ancora consapevoli di ciò, allo scopo di poter giustamente esercitare atti di padronanza sulla cosa medesima: conviene da questi astenersi del tutto. Eppure Pomponio riconosce in tali casi il titolo e l'usucapione *pro suo* [2] — In secondo luogo per la esistenza del titolo *pro suo* è necessario lo avere acquistato per *justa causa*, ossia per

---

[1] E così perseverò certamente nella fattispecie di *d. l. 4*, *pr.*; altrimenti di niuna usucapione poteva discutersi (§ 493).

[2] Möllenthiel *pag. 67*, *no. 175* crede, che pel titolo *pro suo* sia necessaria la b. f. perseverante. Seguì tale opinione Unterholzner *Lehr. von der Verjähr. p. 206*, ma poi l'abbandonò *to. I. p. 331*, *segg.*

causa atta per se a trasferire il dominio; nè basta, in genere e regolarmente parlando, una causa putativa. Infatti sarebbe stata mera e vana contradizione lo stabilire la regola, di cui parlammo sopra, che cioè non sia luogo ad usucapione senza vera e reale *justa causa*, e poi creare per l'usucapione un titolo ove regolarmente non avesse luogo alcun vero e real modo di acquisto. Conferma trovasi nella *l. 27, h. t.*, nella quale Celso riprende apertamente coloro, che il titolo putativo credevano bastevole per usucapire *pro suo*; e ne' *fragm. vat. 260* « pro suo, quod justam causam possidendi habet, usucapit ». Però in linea d'eccezione basta per usucapire col titolo *pro suo* quella stessa apposita speciale prova di giusto errore, della quale parlammo § 532: e qui spettano le *l. 67, de jur. dot.*, *l. 3*, *l. 4*, *§ 2*, *pro suo*. Finalmente segnalerò su questo punto della *justa causa* la *l. 13*, *pr. h. t.*, ove Paolo nega il possesso *pro suo*, ed afferma il contrario possesso *pro alieno*, nel caso di una cosa presa a pegno; mentre il pegno evidentemente non è una *justa causa* quale noi l'abbiamo descritta. — In ultimo luogo è necessario, perchè esista il titolo *pro suo*, che il possessore perseveri a trattare la cosa in tutto e per tutto come sua [3]. Mentre in ogni usucapione per qualsivoglia titolo è necessario, che il possesso si offra sotto l'aspetto di esercizio di proprietà (§ 493); nella usucapione pel titolo di cui parliamo, che dalla forma della proprietà piglia il nome *pro suo*, si richiede qualche cosa di più. Si richiede, che quell'aspetto d'esercizio di proprietà si presenti nel modo più dichiarato ed aperto, nel sembiante più luminoso e meno equivoco; vale a dire che non si celi nel sotterfugio e nella clandestinità, ma si palesi, siccome suol essere il costume de' padroni mentre dispongono delle lor cose. A questo modo può dirsi in tutta la forza della parola, che egli possegga *pro suo*; e per servirmi della frase di Stefano *loc. sup. cit.*, alla

[3] Quindi la ragion di dubitare nella *l. 13, § 2, h. t.*, se *pro suo* possedesse un procuratore, cui fu consegnata la cosa all'effetto che il dominio passasse a lui direttamente; dominio che poi esso avrebbe dovuto trasferire al mandante. Ma siccome presentemente esso tratta pienamente la cosa come sua, Paolo giustamente afferma.

dimanda « πῶς νέμεται » esso può francamente rispondere « ὅτι ὡς δεσπότης νέμομαι. » Tutto ciò è confermato dalla *l. 4, pr. pro suo* « neque idem et pro suo et clam possidere potest » (§ 536).

§ 539.

Dalle cose, che dicemmo sulla necessità d'una *justa causa* pel possesso *pro suo*, apparisce, che per lo più (« ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον » Stef. *loc. cit.*) il titolo *pro suo* è accompagnato da un altro titolo di nome speciale « et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur, et praeterea pro suo » Ulp. *l. 1, pr. pro suo*. L'istessa verità è confermata pel caso del padrone (§ 537 circ. fin.) nella *l. 3, § 4, de a. vel a. p.*, e *d. l. 1, § 1, vers. Sed an, pro suo*; pel caso del padrone e per quello dell'usucattore in essa *l. 1, § 1, vers. Sed si.* — Però talvolta il titolo *pro suo* non ha compagni: e ciò accade allorquando esista sibbene la *justa causa* (che, come vedemmo, è indispensabile), ma questa non abbia nel dritto nostro un nome speciale. Di cotesta ipotesi è scritta la *l. 2, pro suo* di Paolo. Col solo titolo *pro suo* si posseggono le cose prese per caccia o pesca; e ciò che si aggiunge per alluvione, *d. l. 2*, cf. *l. 3, § 21, de a. vel a. p.*; e le cose da noi formate per specificazione, *d. l. 3, § 21.* [1] — Parimenti col solo titolo *pro suo* si posseggono, e ne' convenienti aggiunti si usucapiscono le cose che nascono da quel che noi comprammo o con altro titolo acquistammo; come i frutti ed i parti delle ancelle. La *justa causa* atta per se a farci acquistare questi frutti o parti esiste certamente; ed è nella massima, che è nostro ciò che nasca dal nostro. Ma non può nominarsi *pro emto* o *pro donato*, come si nomina il titolo con cui acquistammo la cosa principale, p. e. il fondo e l'ancella. Poichè le cose da questa generate non furono diretto oggetto della compra o della donazione, ma lo fu solo la cosa stessa principale: quindi resta il titolo *pro suo*. Così la *l. 4, pr. pro suo*; così la *d. l. 2, eod.* « Item ex rebus alieno

[1] Cf. Cujac. *VIII, 265, A.*

nomine [2] possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus: similiter fructus rei emtae aut donatae aut quae in hereditate inventa est ». Ho detto, che col solo titolo *pro suo* si posseggono non solamente, ma nelle idonee circostanze anche si usucapiscono i frutti nati da cose principali acquistate con *justa causa.* E infatti che tali frutti, come gli altri prodotti di queste cose principali, siano obietto d'usucapione, lo dice Paolo *l. 4, § 5, h. t.*; fatta la specie d'un erede, che trovi in eredità le cose principali le quali in verità non appartenevano al defunto. Forma difficoltà il riflettere, che il possessore di b. f. delle cose principali fa suoi i frutti col solo separarsi dei medesimi, onde non sembra possibile parlare d'usucapione. Credo, che l'usucapione vada intesa del caso, in cui la cosa principale sia stata presa per una tradizione fatta dal padrone senza la *mancipatio* [3]. I frutti naturali nati presso l'acquirente non erano suoi *ex jure quiritium.* Poichè è massima di dritto, che la proprietà de' prodotti organici segua le sorti della proprietà della cosa, da cui sono generati e onde presero la loro omogenea natura [4]; finchè tal massima non si trovi modificata da dritti speciali, nati o da volontà di chi ne ha il potere o da disposizioni speciali di legge. Il dritto nostro ha ritenuto, che non possa aversi proprietà di una maniera sulla cosa principale, e proprietà d'altra maniera su ciò che di essa fu organico prodotto « Item ea, quae ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, *eodem jure* tibi acquiruntur » *§ 19, I. de rer. divis.* Quindi chi della cosa principale acquistò il solo *in bonis*, questo stesso e non altro potrà acquistare sui naturali frutti e sui parti; per acquistarne il dominio *ex jure quiritium* avrà bisogno della usucapione, e così dovrà fare finchè non avrà compito l'usucapione della cosa princi-

---

[2] Ragionevolmente sospettano alcuni scrittori che abbiasi a leggere « alio nomine », cioè *pro emto, pro donato* ecc.

[3] Una riflessione simile a questa trovasi in SCHIRMER *pag. 133, not. 81.*

[4] Di qui s'intende perchè non osti il diverso dritto stabilito sulle opere de' servi, *Ulp. XIX, 20., Gaj. II, 88.*

pale [1]. Del resto questa nostra congettura spiegherebbe ancora, perchè Stefano, che nel *loc. cit.* parla della usucapione *pro suo* e ne dà con dettaglio gli esempi compreso quello dei parti delle ancelle, taccia questo caso de' frutti; mentre a' suoi tempi sui frutti di cosa acquistata, o si trattasse di padrone o di non padrone in b. f., si otteneva sempre quel dominio che allora era d'una sola maniera; nè mai si aspettava il complemento della usucapione. — Finalmente col solo titolo *pro suo* si posseggono ed usucapiscono le cose consegnate per una *justa causa* dipendente da futuro evento; quando le parti vogliano, e la ragione consenta, che il dominio si trasferisca immediatamente colla consegna. Se la cosa era veramente di chi la dava, passa la proprietà; altrimenti, sarà caso di usucapione *pro suo*. Ed unicamente *pro suo*, e non con altra che pigli nome da quella medesima *justa causa*, appunto perchè essa è ancora in sospeso, *l. 1, § 2, ff. pro dot., § 111, vers. quamvis enim, fragm. vat.* (§ 231).

§ 540.

Conchiuderò il trattato del titolo *pro suo* col rispondere alla domanda, se sia necessario possedere *pro suo* per poter usucapire; ossia se possa usucapire chi non possiede *pro suo*. Può usucapire colui, che non possegga *pro suo* per mancanza dell'ultimo de' requisiti (§ 538), cioè che avendo cominciato il suo possesso senza vizio passi quindi a possedere clandestinamente. Poichè per l'usucapione in genere non è per se necessario che il possesso perduri non vizioso (§ 550); onde essa può correre quando si rimanga nel più ordinario caso, qual'è quello che il titolo *pro suo* sia accompagnato da altro titolo, che dia qualifica e nome idoneo al possesso sicchè sia pari all'usucapione. Solo se si tratti d'uno di quegli altri casi, ne' quali il titolo *pro suo* è isolato, mancando questo deve

---

[1] Non è nuovo che testi della collezione giustinianea si riferiscano al dritto delle usucapioni delle cose semplicemente *traditae*, benchè non fosse più in vigore all'epoca della compilazione. Esempi già abbiamo trovati (§ 73, n. 3, 498, n. 3, 499, e no. 3, 510).

mancare per difetto di necessario requisito l'usucapione; come vedemmo accadere nella specie della *l. 4*, *pr. pro suo.* Che se il titolo *pro suo* manchi per difetto di alcuno degli altri due requisiti, della b. f. al principio, e d'ogni *justa causa*; allora in massima non può esser luogo ad usucapione, perchè quegli stessi sono pur requisiti generali delle usucapioni, *l. 13*, *pr. h. t.* Però eccezionalmente potrà senza il titolo *pro suo* correre l'usucapione, quando si tratti di eccezionali usucapioni che de' giusti requisiti soliti non abbisognino: come è la usucapione straordinaria *pro herede* [1].

§ 541.

Passiamo al titolo *pro herede.* Questo punto di dritto romano anche oggi assai disputato, era incomprensibile prima de' scoperti commentari di Gajo tanto da far dire all'Oldendorp che i commentatori vi si avviluppavan dentro come i topi nella pece. Convien stabilire, che di possessi ed usucapioni *pro herede* ve n'ha due speci: una informata sui principii generali della usucapione, l'altra d'indole affatto straordinaria [1]. Cominciamo da quel possesso e relativa usucapione *pro herede* che si compongono sulle massime generali. — Il titolo *pro herede* ha un carattere indeterminato e generale, molto simile a quello del titolo *pro suo* [2]; e secondo me può definirsi esser quello che di sua natura è atto a trasferire il dominio per forza immediata della successione ereditaria ossia della rappresentanza d'un defunto. Due sono, giusta il mio avviso, i suoi requisiti. Primo: ragionando secondo i principî fin qui esposti sui titoli, e parlando regolarmente, dev'essere vero erede colui che asserisce di possedere *pro herede*; men-

---

[1] Chi usucapisce *pro herede* comincierà a possedere *pro suo*, dopo che avrà compito l'usucapione, in qualità di padrone (§ 537). Così sono da spiegare nella *l. 1, pr. quor. bonor.* le parole « possideresve, si nihil usucaptum esset » (§ 635).

[1] STINTZING *pag. 93, no. 85* distingue chiaramente la prima dalla seconda.

[2] Riflessione di ARNDTS *Rhein. Mus. II, pag. 127.*

tre altrimenti non si può parlare di successione ereditaria e di rappresentanza; precisamente come non si può parlare regolarmente di titolo *pro emto* o *pro donato*, laddove vera compra o vera donazione non esista. Secondo: il defunto, ossia l'autore, deve aver avuto una giusta causa di presente dominio sulla cosa, p. e. deve essergli stata la cosa mancipata, o consegnata in forza di una *causa remota* (§ 526). Altrimenti secondo le regole di dritto circa i modi di trasferire i dominii, sarebbe stato del tutto impossibile il dominio nella persona del defunto; e perciò la rappresentanza di lui sarebbe inetta giuridicamente a formare da per se un modo di avere il dominio; esisterebbe un vizio giuridico nello stesso concetto del titolo *pro herede* « Diutina possessio tantum jure successionis sine justo titulo obtenta, prodesse ad praescriptionem hac sola ratione non potest » *l. 4, C. de praescr. l. t.* Anche se la cosa fu dovuta all'autore per compra o per stipulazione, ma la mancipazione o la tradizione fu fatta quindi all'erede; per esso la mancipazione o la tradizione fatta in propria persona sarebbe la causa immediata del dominio, la successione ereditaria, la rappresentanza, sarebbe solo causa mediata. Possederebbe *pro emto* ecc., perchè i contratti dell'autore appartengono direttamente anche all'erede, e perciò caratterizzano anche nella sua persona il possesso che in essa principii o seguiti in conseguenza dei medesimi. Ma per la detta ragione non possederebbe *pro herede*. Molto meno potrebbe, regolarmente parlando, possedersi *pro herede* una cosa trovata in eredità, perchè depositata o data in comodato o locata o data a precario all'autore; benchè creduta ereditaria [3]. Dalle cose dette su questo secondo requisito s'intende facilmente come, a simiglianza del titolo *pro suo*, anche questo *pro herede* sia accompagnato da altro titolo di nome speciale, cioè da quello stesso per cui possedeva l'autore, *pro emto*, *pro do-*

[3] Ed ancora meno potrebbe parlarsi di usucapione della cosa medesima per parte dell'erede, perchè usucapione non si concepiva nell'autore, secondo la *l. 11, de divers. temp. praescr.* (§ 558). Potrebbe usucapire colui, che in seguito per *justa causa*, come di compra, di donazione, di dote, avesse dall'erede acquistato, *§ 4, I. h. t.*

nato[4] « sic enim et si ei, qui pro emtore possidebat, heres sim, eamdem rem, et pro emtore, et pro herede possideo » *l. 3, § 4, de a. vel a. p.*[5]. A questo capo della mancanza della *justa causa* nell'autore credo che spetti la *l. 4, C. de usuc. pro her.* ove Dioclez. e Massim. rescrivono « Usucapio non praecedente vero titulo, procedere non potest: nec prodesse *neque tenenti, neque heredi ejus* potest: nec obtentu velut ex hereditate esset, quod alienum fuit, domini intentio ullo temporis longi spatio absumitur »[6].

§ 542.

Del resto come il titolo *pro suo* spetta anche al vero padrone delle cose, così il titolo *pro herede* appartiene all'erede del vero padrone, *l. 33, § 1, vers. Idem dic, h. t.* « Idem dic, si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere ». Questo, com'è chiaro, sarebbe caso di possesso ma non di usucapione *pro herede* delle cose già ereditarie e proprie dell'erede. — Usucapione *pro herede* avrà luogo a prò dell'erede, quando il defunto per *justa causa* di compra, donazione ecc. acquistò una cosa, che non apparteneva a chi glie la dava. Detto erede usucapirà col titolo *pro herede*; insieme con quello *pro emto, pro donato* ecc., perchè, come dissi, i titoli dell'autore passano a caratterizzare il possesso dell'erede; e finalmente pure coll'altro titolo generale *pro suo.*

§ 543.

Credo, che all' usucapione *pro herede* della quale ora ci occupiamo, e non all'altra straordinaria di cui parleremo in seguito, spetti la *l. 1, C. de usuc. pro her.*, ove Antonino rescrive

[4] Questa osservazione è fatta anche da ARNDTS *pag. 126.*

[5] Cf. anche *l. 19, § 1, de H. P.*

[6] VOET *ad h. t. num. 1* riferisce questo testo al caso, che il defunto possedesse in m. f. Ma gl'impp. marcano solo il difetto del titolo in esso; e da questo difetto arguiscono a negar l'usucapione all'erede.

ad un Teofilo « Cum pro herede usucapio locum non habeat: intelligis, neque matrem tuam, cui heres extitisti, neque te usu mancipia ex ea causa capere posse ». Arndts *Rh. Mus. II, p. 133, n. 11, fi.* la riferisce all'usucapione *pro herede* straordinaria e precisamente al senatusconsulto fatto sotto Adriano *Gaj. II, 57*, in forza del quale questa usucapione non più valse contro la H. P. promossa dal vero erede. Non giustamente, a mio parere: perchè vedremo, che quel senatusconsulto non tolse *ipso jure* tale usucapione; per lo che Antonino non potrebbe dire » neque... usucapere posse ». Credo, che meglio pensi Machelard *pag. 83*, intendendo il « cum » per « quando ». Un tal Teofilo nella fattispecie, in cui sua madre per mancanza di alcuno dei requisiti non poteva usucapire *pro herede* i servi trovati in una eredità da lei presa, credeva di poterlo almeno esso stesso vero erede della madre. Antonino ottimamente nega. Poichè, sia che non potesse la madre di Teofilo usucapire *pro herede* per mancanza di *justa causa* nel suo rispettivo autore, sia che per mancanza in essa di vera qualifica ereditaria, sempre stava che era destituita per usucapire d'ogni *justa causa*, che o non era mai esistita o non si era potuta trasmettere in lei. Quindi nel suo figlio ed erede mancava sempre il requisito del titolo nell'autore proprio onde egli potesse possedere ed usucapire *pro herede.* Pertanto Antonino rescrive: Allorquando non ha luogo giuridicamente l'usucapione *pro herede*, non poteva tua madre a cui sei stato erede, nè puoi tu stesso usucapire i servi per questo titolo.

§ 544.

Abbiamo parlato secondo la schietta regolarità, quale si è che non si possa possedere od usucapire senza titolo veramente e realmente esistente. Ma vedemmo § 532, che questa regola è eccezionalmente limitata pel caso, che il possessore ed usucapiente riesca a far prova speciale di un giusto errore. Come negli altri titoli così nel nostro si verifica tale limitazione. Anche in esso sarà ammessa l'usucapione se si dimostri il giusto errore secondo le riflessioni e le distinzioni che

sviluppammo d. § 532, segg. Errore, o nel credersi erede mentre non si è tale, o nel credere che il proprio autore fosse munito di *justa causa* mentre non lo era. L'errore medesimo dev' essere, come già esposi, specialmente provato e di sua natura allegabile. Onde è del tutto escluso chi mancasse di *testamenti factio*, che, se sbagliasse, o sbaglierebbe sulla propria condizione o sbaglierebbe in diritto *l. 4*, *pro her.* Al provato allegabile errore sul secondo requisito, ossia sulla *justa causa* nell'autore, credo che spetti la nota *l. 3*, *eod. tit.*, ove Pomp. dice « Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse quae non sit, posse me usucapere » [1].

§ 545.

Fin qui della usucapione *pro herede* sulle cose non ereditarie, che va esposta sulle traccie delle massime generali. Ora passiamo all'altra usucapione e al relativo possesso *pro herede*, che han luogo sulle cose ereditarie nella persona di chi non è erede, e che hanno una formazione affatto straordinaria ed anomala. Imperocchè, come abbiamo imparato da Gajo *II*, *52*, *segg.*, chi non è erede, e lo sà, può, possedendo le cose ereditarie, usucapire *pro herede* con un solo anno, compresi anche i predii. Dovemmo già in occasione, che non poteva essere differita (§ 297), esaminare le ragioni e la estensione di cotesta usucapione. Vedemmo, che oltre le ragioni allegate da

---

[1] Si discute se in questo testo abbia luogo l'usucapione *pro herede* o quella *pro suo*. Vedi Donello *Comm. V. c. 14*, Unterholzner *I, § 107*, Rosshirt *Archiv. f. civ. Prax. pag. 21, 28, segg.*, Maynz *§ 199, n. 47*, Machelard *pag. 84*, Arndts *pag. 126, seg.* Che il titolo *pro herede* non vi sia escluso, è dimostrato da ciò che il testo medesimo è uno dei pochissimi frammenti onde è composto nelle pandette il titolo *pro herede.* Sono erede; trovo in eredità una cosa che vi si trovava per mera ventura senza essere stata dal mio autore acquistata. Regolarmente non potrei usucapire per mancanza di titolo, mentre anche al titolo *pro herede* manca il secondo requisito. Provata appositamente e specialmente una causa di mio giusto e probabile errore, nel crederla acquistata per *justa causa* dall'autore medesimo, potrò eccezionalmente usucapire anche col titolo *pro herede.* E ciò secondo la sentenza de' più sullo ammettere la limitazione od eccezione medesima (§ 528).

Gajo *II*, *55*, « ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit; et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur », altre necessariamente ve ne furono, e specialmente il giusto desiderio che gli eredi non lasciassero lungamente vacuo il possesso delle eredità. E ciò dimostrammo valendoci di Gajo stesso *II*, *52*, *54*, *58*, *III*, *201*, della *l. 29*, *h. t.*, della *l. 2*, *§ 1*, *expil. hered.*, di *Paul. sent. II*, *31*, *11*, e di altri luoghi. Vedemmo del pari, che questa usucapione *pro herede* ha luogo sulle cose ereditarie finchè l'erede non abbia adito, od anche abbia adito ma non abbia preso il possesso delle medesime, tranne i casi delle *l. 35*, *h. t.*, *l. 14*, *§ 11*, *l. 70*, *de furt.* — In altra occasione del trattato sulla *juris quasi possessio* (§ 458) vedemmo ancora, come e perchè avvenisse ciò che narra Gajo *II*, *54*, che cioè una volta la stessa *hereditas* si riguardasse quale obietto di questa usucapione, ma dopo si riguardassero piuttosto come tali le *res hereditariae*. E su tal proposito spiegammo un passo di Cicerone *De legib. II*, *19*, *segg.*

§ 546.

Qui conviene discutere un punto, che altra volta accennammo (§ 519) rimettendone lo esame al presente trattato; cioè se in questa usucapione abbia luogo il solito requisito della b. f., o eccezionalmente non vi si trovi, non vi si richieda. Non mancano valenti scrittori, che la usucapione medesima hanno tentato conciliare con questo requisito. Lo Scheurl *§ 8*, *p. 47*, è di questi, e pone il principal fondamento della sua opinione in ciò, che le *res hereditariae*, *antequam aliquis heres existat*, *nullius in bonis sunt.* Ma, posto da parte quel che già osservammo (§ 297, n. 14) sulla poca osservanza scientifica di questo detto [1]; basti osservare, che la nostra usucapione corre anche dopo l'adizione prima della presa di possesso. — La stessa riflessione risponde eziandio ad Huschke *Zeitschr.*

---

[1] Qui si aggiunga: Se le cose ereditarie dovessero riguardarsi come *nullius* non si potrebbe pur riguardarle come oggetto di usucapione.

f. g. RW. XIV, p. 165, che, difendendo pur esso la tesi della presenza della b. f., dice non farsi ingiustizia, non al morto certamente, nè all'erede chiamato; perchè l'usucattore non deduce il suo acquisto da esso ma dal defunto. Quest'ultima proposizione non può in alcun modo sostenersi quando l'eredità sia stata adita. — E la medesima riflessione mi sembra eliminare anche la opinione di Schirmer *pag. 70, segg.*, il quale non ammette nell'usucapiente *pro herede* una piena b. f., esclude però anche la m. f. in quanto che esso non offenda un sicuro interesse dell'erede semplicemente chiamato, mentre l' interesse, prima della dichiarazione dell'erede di accettar l'eredità, è una mera possibilità. Finalmente riguardo a tutte le ricordate opinioni è da osservare, che Gajo la presente usucapione chiama *improba, II, 55*, o che M. Aurelio l'usucapione delle cose ereditarie, fatta ancor prima dell'adizione dell'erede, volle punita come *crimen expilatæ hereditatis.* — Pertanto la b. f. nel senso generale della espressione mai esiste in chi sa di prendere cose ereditarie mentre esso non è l'erede. Solo può dirsi, che, guardando alla semplice verità della condizione delle cose ereditarie prima dell'adizione dell'erede, non mancherebbe nel possesso preso in quest'epoca quella *bona fides* tecnica e speciale delle usucapioni quale definimmo § 496: poichè secondo la detta semplice verità prima dell'adizione vero dominio sulle cose ereditarie non esiste (§ 297, n. 14); ora quella buona fede consiste appunto nella coscienza di far torto ad altrui dominio. Ma, e manca il concetto pur di essa tecnica buona fede in vista di que' dritti di proprietà che in eredità giacente la scienza nostra ha saputo escogitare (d. § 297, n. 14), e per il possesso preso nell'epoca intercedente fra l'adizione e l'acquisto di possesso per parte dell'erede, sotto ogni rapporto la ripetuta tecnica buona fede manca del tutto. È dunque usucapione senza buona fede, è usucapione *improba.*

§ 547.

Compiamo questo discorso sulla straordinaria usucapione *pro herede* esaminando le altre questioni che si agitano quanto

alla medesima, e che noi non ancora abbiamo esposte. — Aggiunge Gajo *II, 57*, che per un senatusconsulto fatto per autorità di Adriano queste usucapioni sono rivocate « et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam consequi, atque si usucapta non esset ». Non eliminate *ipso jure*, mentre anzi la loro efficacia contro i terzi rimase in pieno vigore, e contro essi può l'usucattore esercitare anche la R. V.; come bene osserva Unterholzner *Rhein. Mus. V, pag. 28.* — Credo che abbia ragione Arndts *Rh. Mus. II, p. 133*, seguito da Unterholzner *l. cit. p. 29*, affermando, che dopo essere stato da M. Aurelio indotto il *crimen expilatae hereditatis* cessasse del tutto la usucapione *pro herede* di m. f.; non essendo probabile, che la presa di possesso, punita ormai con pena straordinaria, perdurasse ad essere considerata come idonea ad usucapire. Credo però, ed Arndts accenna anche a questo, che ciò non avvenisse direttamente ed immediatamente per la costituzione di M. Aurelio; ma per influenza della medesima, benchè sollecitamente sviluppata. Se M. Aurelio avesse voluto abolire la usucapione, avrebbe dato l'azione di furto e la *condictio furtiva*, nè sarebbe ricorso ad un *crimen extraordinarium;* furto non riconobbe in vista della non abolita usucapione *pro herede.* Come accade nelle cose da uso antichissimo corroborate, rimase dopo la costituzione per qualche tempo la detta usucapione *pro herede*, finchè si sviluppò, come dissi, la comune coscienza sull'incongruità dello essere idonea ad usucapire una presa di possesso che ormai era punibile. Certamente in dritto giustinianeo non è alcun uso della ripetuta usucapione in mala fede.

§ 548.

Succede un'altra questione affine. Convien premettere, che gli scrittori sogliono convenire sul competere la usucapione *pro herede* nelle cose ereditarie a colui, che non essendo erede, si creda tale. L'argomento è stringente; se la usucapione era data a chi sta in m. f. molto più dovea esserlo a chi è in b. f. Chiaro inoltre il testo nella *l. 33, § 1, vers. Hoc*

amplius, *h. t.* Questa premessa persuade ragionevolmente Arndts *pag. 127*, *seg.* a ritenere, che una e la medesima fosse l'usucapione per ambedue, tanto per il possessore di m. f. quanto per quello di b. f.; ossia che anche colui, che si creda erede, possa usucapire con un anno anche le cose di suolo; checchè pensi Rosshirt *Arch. f. civ. Pr. 1*, *IX*, che vorrebbe due usucapioni distinte. A questa unità di usucapione offre anche un buon argomento la *l. 29*, *h. t.* Pomponio, dopo aver detto (e ciò abbiamo esposto a suo luogo) che non possono essere usucapite *pro herede* le cose delle quali il vero erede già avesse preso il possesso, conchiude « Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse: nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi ». Retta l'usucapione dalle istesse ragioni quando si operava in b. f., aver doveva le medesime specialità [1]. — Ora si disputa fra i recenti scrittori, se il senatusconsulto, di cui parla Gajo *II*, *57*, in forza del quale efficacia fu tolta alla straordinaria usucapione *pro herede* di fronte agli eredi veri, valesse non solo per chi avesse usucapito in m. f., ma anche per chi in b. f. cioè nella opinione del titolo ereditario. Nega Savigny *Zeitschr. f. g. RW. V*, *pag. 21*, *segg.* A miglior ragione affermano molti [2]. Quantunque alcuni di questi non opportunamente si valgano del citato passo di Gajo, concepito de' soli usucapienti in m. f. Poichè Gajo parla

---

[1] Onde credo, che fosse alla usucapione *pro herede* ammesso colui, il quale si credeva erede mentre non lo era, anche se non provasse appositamente giusta causa di tal suo errore, quantunque non altrimenti sogliono ammettersi i titoli putativi. Imperocchè qui si tratta delle cose appartenenti all'eredità, dove usucapione è ammessa per singolari ragioni senza alcun dritto ereditario, anche in m. f. Che se giusta causa è richiesta nella *d. l. 33, § 1,* saviamente osserva Arndts che ciò si domanda per escludere l'altra regola, *nemo potest mutare sibi causam possessionis.* Poichè si trattava nel caso di colui, che mentre non era erede, già per lo innanzi si trovava nel possesso del fondo ereditario.

[2] Arndts *loc. cit. p. 133, segg.*, Unterholzner *loc. cit. pag. 26, segg.*, Huschke *loc. cit. p. 216, segg.*, Walter *§ 634*, Machelard *p. 91, segg.*, Fabricius *Rh. Mus. IV, 199, segg.*, Vangerow *I*, *§ 320*, Maynz *§ 199, not. 47.*

della usucapione *lucrativa*, presa tal parola in cattiva parte per significare precisamente la usucapione fatta in istato di m. f.: lo che è dimostrato dal precedente *§ 56* « Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur, nam sciens quisque rem alienam lucrifacit »[3]. Come neppure credo giustamente invocata da Arndts la *l. 1, quor. bonor.* ove è detto che a colui che promosse il *quorum bonorum* dev'essere restituito « quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset » con espressione concepita di qualunque usucapione de' beni ereditari fatta anche in b. f. Poichè vedremo § 635, che quella clausula « si nihil etc. » è indipendente dal senatusconsulto del quale parliamo; ad esso anteriore, e diretta non a rescindere le usucapioni *pro herede*, ma a posporre in mera lite di possesso l'usucattore al *bonorum possessor* che esercitasse quel- l'interdetto[4]. Più felicemente Arndts adopera per prova le *l. 4, C. in quib. caus. cess. l. t. praescr.*, *l. 7, C. de P. H.*, nelle quali si dice, che ai petitori della eredità mai nuoce, mai alla *H. P.* può opporsi la *l. t. praescriptio* nè da chi possiede *pro herede* nè da chi possiede *pro possessore*[5].

§ 549.

Però come pei possessori di m. f. avanti l'operare della costituzione di M. Aurelio, così per quelli di b. f. il detto se-

[3] Gajo stesso *II, 60* applica il nome di *lucrativa* a quella sola fra le usurecezioni, che si faceva dal debitore prima di aver pagato il debito, nel qual caso esiste una m. f. (§ 520). Altre prove della designata esclusiva accezione di detta parola sono nelle *l. 2, § 1, si quis omiss. caus. test.*, *l. 2, § 1 vers. et propterea, pro her.* (cf. § 329), *l. 5, h. t.*, (cf. § 538), *l. 33, § 1, vers. quod vulgo, eod.* (cf. d. § 329), *l. 71, § 1, de furt.* cf. *l. 12, § 1, eod.* — D'altra parte il *§ 57* di Gajo neppure prova in contrario, ossia per l'opinione di Savigny; mentre il proponimento di Gajo in tutta la serie dei paragrafi, dai quali è quello preceduto, è di occuparsi della sola usucapione in m. f.

[4] Altra buona risposta è data da Savigny, ved. *Rh. Mus. II, p. 136*

[5] In questo punto la *l. t. praescriptio* e la usucapione stanno alla pari Arndts *p. 147, n. 33.*

natusconsulto non impediva che l'usucapione si formasse sempre *ipso jure*, e che contro i terzi fosse anche pienamente efficace. E questa forza rimase per costoro anche dopo la ricordata costituzione, che non poteva avere alcuna influenza per essi, e resta tuttora in dritto giustinianeo. E così si spiega la presenza di tanti testi, spettanti a questa straordinaria usucapione delle cose ereditarie, nelle pandette e nel codice; quantunque a dir vero alcuni riguardino quello di m. f. Così s'intende, come la *l. 1*, *pro herede* e la *l. 3*, *C. eod.* (scritta dopo M. Aurelio) desiderino assolutamente che i beni da usucapirsi siano ereditarii, ossia che abbiano appartenuto ad un morto, non appartengano ad un vivente; poichè tale qualità dei beni entra nelle intime ragioni dell'introdotta straordinaria usucapione. Altrettanto non può dirsi, ed insulsamente si richiederebbe per requisito la morte del vero proprietario, quanto all'altra usucapione ordinaria esposta di sopra, la quale anzi ha luogo sopra cose non ereditarie (§ 541, segg.). Parimenti si comprendono le parole della *l. 2*, *C. eod.* spettante pur essa a Diocl. e Massim. posteriori a M. Aurelio « Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit » (cf. § 297, n. 9). Il testo non può esser preso di quella usucapione ordinaria. Poichè o si parla della medesima in quanto è pienamente regolare cioè munita di tutti i suoi normali requisiti, e non v'è ragione di limitare quella disposizione al caso della presenza de' suoi eredi, mentre sarebbe vera ogni volta che l'erede fosse diverso dall'usucattore, non potendo quella usucapione correre per mancanza del suo primo requisito (§ 541). O si parla della detta usucapione in quanto eccezionalmente si compie col solo titolo putativo (§ 544), ed allora la decisione sarebbe del tutto falsa, poichè l'errore di chi si credesse erede, purchè probabile e specialmente dimostrato, quanto gioverebbe se fossero estranei i veri eredi, altrettanto gioverebbe se fossero suoi eredi. Il testo significa, come già spiegammo (d. § 297, n. 9), che alla straordinaria usucapione non è luogo se esistano suoi eredi, lo che una volta era vero tanto di quella che si sarebbe com-

piuta in b. f. quanto di quella che in m. f., oggi è vero solo della prima che unica rimane [1].

Articolo Quarto

Assenza di vizio nell'acquisto.

§ 550.

Onde possa aver luogo la usucapione, il possesso deve non essere stato viziosamente acquistato, *vi*, *clam*, *precario*. Per lo più la presenza di questo vizio ricade nella deficienza del requisito dell'animo di padroneggiare, o della b. f., o del titolo. Ma si può far caso in cui questi requisiti esistano, eppure per vizio di possesso l'usucapione non abbia luogo. Fu scritto a favor mio un legato *per vindicationem*. Prendo la cosa p. e. a forza. C' è l'animo di padroneggiare: c'è la b. f. perchè credo di esser padrone: c' è il titolo, perchè quello del legato *per vindicationem* vale anche senza la tradizione (§ 525). Ma il vizio impedisce l'usucapione, *l. 8*, *pro leg.* — Però, preso per se questo requisito dell'assenza del vizio, basterebbe che esistesse nel principio del possedere, come quello della b. f. Quanto al vizio della forza vedi *l. 4*, *§ 28*, *h. t.* Il precario sopravvenente nuoce o perchè fa cessar l'animo di dominare, o certo perchè

[1] Non credo che abbia ragione Arndts *pag. 133, n. 11,* il quale, pur riferendo questa *l. 2, C.* all'usucapione straordinaria, però vi ravvisa una disposizione relativa al senatusconsulto fatto sotto Adriano. Ripetiamo quel che già dicemmo di una simile asserzione sulla *l. 1, C. eod. tit.* § 297, n. 9, che sarebbe stato del tutto inesatto il dire « nihil pro herede posse usucapi ». Inoltre non ci sarebbe stata plausibile ragione di segnalare i suoi eredi, quando del senatusconsulto ogni erede può valersi. Finalmente rimarrebbe inesplicato il « magis obtinuit ». Disputa non si comprende nella chiarezza di quel senatusconsulto; ma ottimamente si concepisce prendendo il testo, come facciamo noi, di una esclusione assoluta della usucapione straordinaria nella ipotesi de' suoi eredi, esclusione precedente al ripetuto senatusconsulto. Poichè sarebbe stata introdotta dalla giurisprudenza, e contro il prossimo esempio degli eredi semplicemente necessari (d. § 297, num. 9).

spegne il titolo (§ 134, 536). Come nuoce anche la sopravvente clandestinità in circostanze nelle quali pur essa spenga l'unico titolo che esisteva per la usucapione (d. § 536). — Un'eccezione alla necessità del presente requisito trovasi talvolta nella *usureceptio*, che può aver luogo nel caso che la cosa sia stata avuta a precario allorquando si tratti di fiducia, la quale fosse stata conchiusa « cum amico quod tutius nostrae res apud eum essent », od anche « cum creditore pignoris jure » purchè il creditore fosse stato quindi soddisfatto dell'aver suo, *Gaj. II, 60*, (§ 519, segg.).

Articolo Quinto

La continuazione del possesso durante il tempo dalle leggi prescritto.

§ 551.

Aveano le leggi decemvirali stabilito, che l'usucapione si compisse per le cose mobili in un anno, in un biennio per le cose di suolo, *Gaj. II, 42, 54.* È famoso il passo di Cicerone *top. 4, 23,* ove sono riportate le parole delle dodici tavole « usus auctoritas fundi biennium est — in lege aedes non appellantur, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus ». Lunghe discussioni sono state fatte per dare esatta interpretazione a quelle prime parole. Ricorderò soltanto le opinioni principali, e che hanno a mio credere maggiore apparenza di verità. Sulle orme di Salmasio *de usur. cap. 8,* alcuni recenti, per esempio Walter *§ 534*, pigliano la parola *auctoritas* per l'azione da esercitarsi da chi prese la cosa altrui contro il proprio autore, dopo aver subìto la evizione: quasi che la legge decemvirale dica, poter tale azione aver luogo dentro il biennio; dopo il biennio, compita l'usucapione, non esser più luogo alla medesima. Ma in primo luogo i decemviri, che avean certo la mente di descrivere la usucapione (e bastano a provarlo i citati passi di Gajo), non avrebbero ben fatto tale descrizione col delineare lo stato di dritto ante-

riore al compimento del biennio, quali risorse o dritti personali abbia il possessore durante il medesimo: mentre doveano definire invece i dritti che gli competono a biennio compiuto. Oltre chè neppure è vero, che ogni usucapiente al compimento del biennio, ossia al perfezionarsi della usucapione, cessi dallo avere contro il suo autore un' azione, che prima gli competesse. Tutti gli usucapienti *pro herede, pro legato, pro derelicto, pro noxae dedito* ecc. non ebbero in alcun tempo cotesta azione. — Vinnio *Instit. I, p. 256 a* intese la parola *usus* nel senso volgare di godimento di fatto, e la parola *auctoritas* per il dritto di legittimo dominio, ed il passo controverso interpretò nel modo seguente: Il godimento, che importi legittimo dominio, è lo spazio d'un biennio [1]. Ma primieramente, è ben vero che la parola *usus* può prendersi e assai sovente è presa per un'idea di mero fatto, come pel godimento ed anche per la *possessio* (§ 40); però non sono queste le sole accezioni di essa, e la maggior difficoltà nel ben intendere la legge decemvirale sta precisamente nella pluralità de' significati che possono ricevere i nomi adoperati nella medesima. Ora che in essa legge l'*usus* non vada preso per cosa di mero fatto, si argomenta dalle altre parole di Cicerone nel luogo discusso « ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus »; parole che non hanno buona intelligenza se all'*usus* si desse questo significato. Mentre l'*usus* nominato così solo, senza la compagna parola *auctoritas*, non sarebbe posto in alcun rapporto con un pensiero giuridico, e riceverebbe dalla legge un inconcepibile prefissione di termine. Conferma di ciò nell'altro noto passo di Cicerone *pro Caec. 19, 54*, « Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium ». Se l'*usus* avesse ad intendersi per godimento o possesso di fatto, non potrebbe riferirglisi alcuno

[1] Molto simile è l' interpretazione di HUSCHKE *Zeitschr. f. g. RW. XIV, p. 147, n. 2*, e di SCHIRMER *pag. 34, 36, seg.*, cioè: Il godimento, che è insieme causa di consolidamento (« der zugleich eine Bekräftigung ist »), deve durare due anni. Prendendo così i due sostantivi *usus auctoritas* quasichè il secondo qualifichi il primo. Anche altri autori in quell'*usus* han ravvisato un' idea di mero fatto, la *possessio* (DONELLO *V. c. 5, § 2*), ovvero la nuda *detentio* (PUCHTA *Kleine civil. Schrift. p. 46, segg.*).

jussus di legge sul tempo della sua durata. Sembrami inoltre, che in questa e nelle simili letterali traduzioni, che sono state date al testo della legge, manchi una dichiarazione di quel *biennium* adoperato in nominativo (« biennium est »). Dappoichè secondo la interpretazione, che stiamo esaminando, la legge avrebbe dovuto esprimersi in ben altro modo, come « biennio continetur, per biennium perficitur » o simili. Finalmente secondo la stessa interpretazione le due parole *usus auctoritas* esprimerebbero il passare dello stato di mero fatto in uno stato di dritto, il succedere di un concetto ad un altro; mentre invece è ben più naturale intenderle per due concetti che procedano di pari passo, solo che si rifletta sull'altro citato passo *pro Caec.* « Lex usum *et* auctoritatem fundi jubet etc. ». — Tutte queste considerazioni valgono ancora contro la spiegazione data da Ortolan *Inst. I, p. 110,* [2], il quale prendendo l'*usus* nel senso volgare di godimento, e l'*auctoritas* nel senso di protezione, che contro l'evizione è procacciata dal godimento medesimo, interpreta così: Il godimento, ossia il lungo possesso, continuato per un certo tempo garantisce contro l'evizione.

§ 552.

Ora esporrò la mia opinione in proposito. Credo, che la parola *usus* nella nostra legge decemvirale sia presa nel senso di usucapione. Questo modo figurato di esprimere l'usucapione, pronunciando la causa per l'effetto, assai omogeneo al grafico stile delle dodici tavole, non manca di esempi anche nelle pandette; e sono da vedere p. e. le *l. 20, ex quib. ca. major., l. 58, § 6, fi. ad SC. Treb.* [1]. Le parole finali del passo di Cicerone che stiamo esponendo «... quarum annuus est

[2] Si accostano quelle, che trovansi presso MAYNZ *§ 196*, DOVERI *II, § 90,* ed altri.

[1] CUJACIO *IV, 1238, D.* avverte quest'accezione della parola *usus* per *usucapio*. Come ACCURSIO avvertì ottimamente, che nella *l. 19, ex quib. ca. major.* l'espressione « interruptam possessionem » è, come apparisce dalle parole seguenti, presa per « interruptam usucapionem ».

usus » a questa accezione puntualmente, a questa unicamente convengono. — Quanto all'altro sostantivo *auctoritas*, è da osservare, che in materia di acquisti esso viene usato per significare quell' assicurazione e garanzia, che colui, il quale esercita potere sulla cosa, ha da chi lo autorizzò ad esercitarlo (dal suo *auctor*). Così in Cicer. *13*, *epist. 8*, « Si ea praedia dividentur, quae ipse Caesar vendidit, quae tandem in ejus venditionibus esse potuit auctoritas? » ossia: Qual garanzia daran le vendite che ebbero esso per *auctor?* Quindi è, che i titoli di provenienza che adoperiamo nelle dispute rivolte contro i nostri diritti, e de' quali la *l. 24, C. de fideicomm.* dice che « ad probationem originis pertinent », altrove vengono nominati « instrumenta auctoritatis » *l. 43*, *pr. de pign. act.* [1]. Istromenti, coi quali il nostro *auctor* ci promise e garantì l'esercizio del potere sulla cosa.

§ 553.

Se altri si trova essere autorizzato da chi non aveva il diritto a ciò fare, la detta garanzia si riduce in ultima analisi alla promessa d' indennizzo in caso di evizione, ed alla relativa azione d'evizione, con cui avvenendo quel caso otterrà tale indennizzo dall'autore. Perciò Venulejo così si esprime nella *l. 76, de eviction.* « Si alienam rem mihi tradideris, et eamdem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem id est actionem pro evictione, placet », perdo quell'assicurazione o garanzia che ha chi compra da non padrone, ossia l'azione di evizione. E Paolo *II, 17*, *3* « Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur ». Nell' istesso senso si legge ne' *fragm. vat. 10* « Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit, neque stipulationem auctoritatis committere »; cioè,

[1] Simile il passo di M. SENECA *lib. 7, contr. 6*, dove quelle, che primieramente sono dette *emtionis tabulæ*, vengon poscia nominate *tabellae auctoritatis*. Nell' istesso modo L. SENECA *lib. 4, natur. quaest.* figuratamente scrive « Ergo si mihi parum credis, Possidonius tibi auctoritatem promittet ».

non mette in esercizio la stipulazione di garanzia, di evizione [1]. Finalmente è da notare, come nell'istesso ordine d' idee quella, che i latini chiamano *auctoritatem*, è detta dai greci *βεβαίωσιν* (conferma, corroborazione), assicurazione insomma e garanzia proveniente dall'autore [2].

§ 554.

Che se chi ci autorizzò a dominar sulla cosa fu la legge stessa, o la persona avente dritto a farlo, la nostra garanzia consiste nello *jus*, formato dalla giusta provenienza, e che potremo esercitare contro chicchessia. Onde Cicerone *pro Caec. 26*, prendendo a dimostrare la importanza delle leggi all' effetto che possiamo ritenere ciò che acquistammo, si esprime così « Ut retineam quod meum factum sit; sine jure civili non potest... Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur »; ossia, l'assicurazione, che ci dà la giusta provenienza, è appoggiata dalle leggi civili. Anzi abbiamo un altro frammento delle stesse leggi decemvirali, riportatoci anche da Cicerone *de offic. l. 12, 37*; che, riferendosi a dritto avuto dalla legge o da giusta volontà d'un privato, è concepito così « Adversus hostem aeterna auctoritas esto ». Contro un peregrino (vedremo § 563, che il peregrino era detto *hostis*) è eterno il dritto, che al padrone fu assicurato dalla giusta provenienza, insomma il giusto dominio: vale a dire usucapione pel peregrino non si opera [1].

§ 555.

Così nel nostro passo delle leggi decemvirali la parola *auctoritas* va intesa per l'assicurazione, che la legalità dell'usu-

---

[1] Che l'azione di evizione si chiami *auctoritas* precisamente per l'unita idea dell'assicurazione che fece l'*auctor*, apparisce dalla somiglianza delle due parole, e dai moltissimi testi che le mettono in relazione, cf. *l. 4, pr., l. 28, l. 51, pr., l. 53, § 1, de evict., ll. 3, 7-11, C. eod. tit.*

[2] « ἡ γῆ οὐ πραθήσεται εἰς βεβαίωσιν » *Levit. 5.*

[1] Molto simile è il luogo di GELLIO *N. A. XVII, 7*, relativo alla legge Atinia « Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto ».

capione dà all'usucapiente. Così si spiega un altro luogo di Cicerone *Or. de Arusp. resp.;* ove riportandosi alla nostra legge decemvirale si esprime così « Multae sunt domus jure optimo: sed tamen jure privato, jure hereditatis, *jure auctoritatis*, jure mancipii, jure nexi » : significa con quella espressione « jure auctoritatis » precisamente l'usucapione, che assicura il possessore in forza di detta legge. Così s'intende anche manifestamente ciò che dice Boezio *in Cic. top. 2, 4, 24* » Plurimarum igitur rerum *usucapio* annua est, ut si quis eis anno continuo fuerit usus, id *firma juris auctoritate* possideat ». — Pertanto i due sostantivi *usus auctoritas* nella legge delle dodici tavole sono presi in modo, che il secondo sia attributo e qualifica del primo, come non raramente si trova in dritto romano [1]. La traduzione della legge medesima secondo me dovrebbe farsi così: Un biennio è (importa) usucapione del fondo, usucapione che in forza di legge è assicurazione pel possessore [2].

§ 556.

Come si facesse il computo dell'anno o del biennio, largamente esposi nel mio libro *De obligat. pag. 214 segg.* dove e in questo tempo delle usucapioni e in tempi prefissi in altri punti di dritto, dimostrai non essere esatto ciò che suol dirsi, che l'ultimo giorno incominciato s'abbia a ritenere per compiuto. Esaminate le *l. 6, l. 7, h. t., l. 15, pr. de div. temp. praescript.*, ed un passo di Gellio *III, 2*, provai che il numero de' giorni, osservato il calcolo civile, deve sempre compirsi per-

---

[1] « Usus fructus, ope consilio, etc. » Questo modo di adoperare i nostri due sostantivi è anche riconosciuto, come vedemmo § 551 n. 1, da Huschke e da Schirmer.

[2] Molto omogeneo il parlare di Scevola *l. 26, de aq. et aq. pluv.* « Scevola respondit, solere eos, qui juri dicendo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur », senza altra prova di legittima provenienza la *vetustas* dà assicurazione per autorità di legge. Quello stesso, che la nostra legge decemvirale dice del *biennium*, è detto nel suo trattato da Scevola della *vetustas*.

fettamente fino alla ultima ora. — Ognun sa, che Giustiniano nella *l. 1, C. de usuc. transform.* mutò i tempi dell' usucapire. Come egli venisse a stabilire per gl'immobili un decennio fra presenti, un ventennio fra assenti; lo esporremo nel parlare della mescolanza da esso fatta della *praescriptio* e della usucapione .Quanto ai mobili stabilì un triennio.

§ 557.

Per tutto il tempo dalle leggi prefisso il possesso dev'essere continuo. Lo porta la definizione stessa data alla usucapione da Modest. *l. 3, h. t.* e da Ulp. *XIX, 8* « per continuationem possessionis ». Vale a dire il possesso è richiesto nell'usucapione come causa permanentemente efficiente. Ma il possesso, cosa di fatto, se venga interrotto finisce del tutto; e se sia poscia ripreso, è nuovo possesso. Quindi anche la principiata usucapione con quella interruzione finisce; e alla ripresa del possedere, sarebbe nuova usucapione. Pertanto la usucapione finisce per mezzo della *usurpatio*, che nel nostro trattato significa interruzione, *l. 2, h. t.* Dappoichè in genere questo vocabolo designa lo stato d'uso di qualche cosa: onde si adopera anche per significare la osservanza e la ritenzione de' dritti nostri per mezzo dell'uso. Come nelle *l. 6, § 1, l. 8, § 1, quemadm. serv. amitt.* dicesi *usurpare servitutem* per ritenerla coll'usarne: ed in simile modo nella *l. 2, § 1, de administr. rer. ad civ.* « legem usurpatam » (come è nella fiorentina) per legge osservata [1]. Per la qual cosa anche se alcuno, pria che l'usucapione venga dal possessore compita, oc cupi l'uso della cosa, si dice esattamente che egli usurpa; e questo importa interruzione e fine della usucapione. — In quai modi s'interrompa il possesso e perciò l'usucapione, riferimmo, applicando frequentemente alla usucapione medesima,

[1] Spesso però come nel volgare così nel giuridico linguaggio si prende in mala parte per uso illegittimo; cf. *l. 13, § 7, de injur., l. 2, de colleg., l. 5, C. de aed. priv.*

quando esponemmo i modi co'quali i possessi si perdono. — Dicemmo § 124, che la contestazione della lite non interrompeva l'usucapione, quantunque fossero dati contro questa dei rimedi, consistenti in sostanza nel far nella R. V. intentata dal padrone la condanna come se usucapione non fosse seguita, *l. 18, l. 19, l, 20, de R. V., l. 2, § 21, pro emt.*, onde ne' *fragm. vat. 12*, si dice « usucapio frustra complebitur anticipata lite ». Certo che in quella disposizione si trova un'applicazione del principio che la sopravvenente m. f. non interrompe usucapioni. Anzi il Voet *ad h. t. num. 8* in questo principio le assegna direttamente la ragione. Però mi pare che più pienamente sia la cosa esposta da Maynz *§ 199*; il quale dice, che la diretta ragione sta nello essere l'usucapione un modo di acquisto avente per iscopo di farci avere un dritto assoluto ossia esistente di fronte a tutti, e perciò non poter esser la sua efficacia paralizzata dall'azione individuale del primo venuto. Con questo criterio il Maynz spiega la differenza che su questo punto valeva fra usucapione e *praescriptio* [2]. L' età di Giustiniano portò, come vedremo, fusione di usucapione e di *praescriptio;* quindi piacque a quell'imperatore, che la promossa lite interrompesse qualunque acquisto per mezzo di tempo. Chiara mi sembra, quantunque alcuni abbian tentato negazioni o limitazioni, la *l. 2, vers. licentia, C. de ann. except. ital. contr.*

§ 558.

La teoria sull'*accessio temporis* o *possessionis* indusse una grande limitazione alla regola sulla continuità del possesso [1]. Nel trattato dell'usucapione l'*accessio possessionis* è la unione del possesso dell'autore col possesso di chi gli succedette con

[2] La *praescriptio* era interrotta dalla L. C. Quantunque non manchi chi lo nega, pure è ciò dimostrato dalle *l. 2, C. ubi in rem act., l. 26, C. de R. V., ll. 1, 2, 10, C. de praescr. l. t.*

[1] Qui parlo *ex professo* solamente dell'*accessio* quanto all' usucapione. Quanto all'*utrubi* cf. § 119, n. 1, 131, 561. Si ritrova l'*accessio* nell' interdetto *de itinere.*

giusto titolo, fatta all'effetto che si perfezioni in questo l'usucapione. Curarono i giureconsulti, che per eventi troppo frequenti l'usucapioni non s'interrompessero; e già abbiam notato dritti anomali dovuti a questa loro sollecitudine. Per ciò provvidero, che colle morti de' possessori, e colle alienazioni fatte da essi, quelle interruzioni non accadessero; fingendo una continuazione di possesso ne'successori universali e nei particolari. Finta continuazione [2]: poichè il possesso dell'autore, fatto suo personale, era rotto e finito colla morte o colla cessazione degli atti che costituiscono i possessi; di modo che per stretto dritto i successori avrebbero dovuto incominciare una nuova usucapione (§ 77). In verità, che la teoria delle accessioni sia dovuta all'equità e alla ragion di convenienza, lo dice Scevola *l. 14, pr. de div. temp. praescr.* « consistunt enim in sola aequitate ». — Quanto ai successori universali preparata era la via, per introdurre cotesta teoria, nel concetto della piena rappresentanza. Poichè, quantunque, come poc' anzi dicevo, il fatto del possesso non entri veramente in tale rappresentanza, pure facilmente si prestò la vasta indole di questa ad ammetterlo per speciale disposizione di dritto. Onde Paolo *l. 30, pr. ex quib. ca. major.* « possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem ». Quindi è, che, introdotta una volta per questa via l'accessione negli eredi, questa sia per i medesimi necessaria e non elettiva. E per conseguenza, che la m. f. dell'autore noccia assolutamente agli eredi, in modo che nell'ipotesi della medesima essi non solo non trovino nell'accessione un ajuto per la loro usucapione, ma anzi neppur possano principiarla nella propria persona. Appunto perchè l'accessione è per essi necessaria; e perciò il principio del possesso, composto dalla congiunzione, è principio di m. f., *l. 11, de div. temp. praescr., l. 3, C. comm. de usucap., l. 11, C. de a. et r. p., § 12, I. h. t.* Generalmente, l'erede non può usucapire le cose possedute dal suo autore, se l'autore medesimo non

---

[2] Non dissimile è in fondo quel che scrive STINTZING *pag. 51,* non trasmettersi il fatto del possesso, ma le giuridiche relazioni in cui si trovava l'autore verso la cosa.

lo poteva, ossia l'erede non può principiare l'usucapione delle cose possedute dall'autore. Tranne che l'impedimento ed il vizio appo l'autore nascesse « ex re », e questo cessi appo l'erede; essendo ciò dipeso da un mero evento fortuito, che se fosse accaduto vivente quello, l'usucapione sarebbe fin d'allora principiata *l. 24, § 1. h. t.* « Interdum, etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defunto, procedit heredi ejus; veluti si vitium, quod obstabat, non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit. Ex re, utputa, si fisci res esse desierit, aut furtiva, aut vi possessa » (§ 527, n. 4) [3]. Del resto che la ragione di quella regola ben nota, che la m. f. dell'autore noccia agli eredi, s'abbia a fissare nella necessaria accessione ossia nella estesa rappresentanza del defunto onde questa è derivata, apparisce dalla *d. l. 11, de div. temp. praescr.*; ove la regola medesima viene dedotta dalla premessa « Cum heres in jus omne defuncti succedit », e da ciò che « exordium ei bonae fidei ratione non tueatur ». Apparisce del pari dalla *d. l. 3, C. comm. de usuc.*, ove la ragione è fissata « propter initii vitium »; e dalla *d. l. 11, C. de a. et r. p.* nella quale la ripetuta regola è trattata insieme al dritto dell'accessione dei possessi [4]. Dalla stessa ragione discende, che la m. f. dello stesso erede, quantunque esistente fin dal principio del suo vero possesso, non

---

[3] Altra conseguenza dell'indotta rappresentanza nell'erede quanto al possesso, vedi a § 574.

[4] Di qui s'intende perchè, uscendo dalla teoria delle accessioni, in quegli interdetti ove ad accessione non è luogo, l'eccezione del vizioso possesso non possa pel vizio dell'autore essere opposta all'erede. Risulta ciò chiaramente dalla *l. 3, § 4, uti possid.*, nella quale, mentre si suppone il fatto dell'autore del tuo vicino che dal fondo tuo tradusse le viti sugli alberi suoi, Labeone Pomponio ed Ulpiano dicono che tu puoi troncarle, ma dopo fatta denuncia; ciò, onde non esser sottoposto all'interdetto *quod vi aut clam* da promuoversi dal vicino. Ma se il vicino fosse affetto dal vizio del proprio autore, tale interdetto mai sarebbe efficacemente promosso, perchè tu avresti l'eccezione, *l. 22, § 2, quod vi aut clam.* Diversamente pensa Witte *Uti possid. pag. 86*, mosso o da testi, che in verità appartengono alle usucapioni o prescrizioni; o da testi, che stabiliscono appartenere il titolo *pro legato* anche agli eredi del legatario, lo che ha ben distinta ragione nella general pertinenza agli eredi de'giusti titoli di acquisto (§ 541).

nuoce alla usucapione purchè l'autore avesse principiato a possedere in b. f.: appunto perchè non quello si crede essere il principio dell'usucapione, ma questo, *l. 43, pr. h. t, l. 2, § 19, pro emt., § 12, I. h. t.* — Accettata una volta la rappresentanza della persona del defunto nel possesso per l'usucapione, il possesso nelle cose fu a tale effetto quasi paragonato ai diritti. Si stabilì che usucapione corresse anche prima che l'erede prendesse il possesso, *l. 31. § 5, h. t., l. 6, § 2, pro emt.;* anzi anche prima che adisse, e mentre che l'eredità è giacente, *l. 30, pr. ex quib. ca. major., d. l. 31, § 5, l. 40, l. 44, § 3, h. t;* anzi anche se la cosa in essa eredità giacente primieramente pervenne, *d. l. 44, § 3, h. t.* Quantunque nè colla sola adizione l'erede acquisti possesso *l. 23, pr. de a. vel a. p.*, nè l'eredità giacente sia idoneo subietto del possesso (§ 168). Dice la *d. l. 44, § 3* « jure singulari », sempre pel predominante pensiero di non vedere troppo facilmente impedite le usucapioni [5]. — Però anche pe'successori singolari fu all'età di Severo ed Antonino, e per rescritto di questi, ammessa l'accessione, *l. 76, § 1, de contrah. emt., l. 13, § 6, 11, de a. vel a. p., l. 2, § 20, pro emt., l. 14, § 1, segg., l. 15, § 1-6, de div. tempor. praescr., § 13, I. h. t.* Ma poichè qui mancava la via della rappresentanza, adoperata per gli eredi, l'accessione non è necessaria ed imposta; perciò la m. f. dell'autore non impedisce che i successori singolari possano usucapire, *l. 5, pr. de div. temp. prascr., l. 4, § 27, 31, de dol. mal. et met. exc., l. 4, C. de R. V.*, purchè dall'accessione si astengano, *d. l. 4, § 27, de dol. mal. et met. exc.* e arg. *d. l. 13. § 1, de a. vel a. p.* E viceversa la m. f. del successore impedisce la sua usucapione, fosse l'autore suo stato in b. f. o in m. f., *l. 2, § 17, pro emt.*; poichè la ragione di equità, che in questa classe di accessioni restava isolata, lo respingeva del tutto dal poter usucapire.

---

[5] Conseguenze del singolar carattere di questa usucapione, che si fa sulle cose non ancora possedute dall'erede, ed anche mentre la eredità è giacente, abbiamo già osservato nella *l. 30, § 5, vers. sed quid, de a. vel a. p.*, e nella *l. 7, pr., pro emt.*, (§ 273, 322.)

§ 559.

Onde sia luogo all'accessione si richiede in primo luogo che esista la successione, avvenuta per uno de'giusti titoli riconosciuti dalle leggi. O il titolo ereditario, siccome vedemmo, o un titolo singolare p. e. la compra vendita, la donazione. L'accessione compete anche ai successori singolari per causa di legato, *l. 13, § 10, de a. vel a. p., l. 14, § 1, h. t.*, di modo che essi si valgano dell'accessione tanto del possesso del testatore, quanto di quello dell'erede che avesse posseduto prima dell'esistenza della condizione se si trattasse di legato condizionale, o prima della consegna se si trattasse di legato puro e semplice, *d. l. 13, § 10* [1]. — Inoltre si fa luogo all'accessione del possesso, anche quando alcuno pigli la cosa per risolversi d'un antico contratto, in forza del quale un altro per lo innanzi la possedeva, p. e. per la redibizione d'una cosa indotta una volta in compra vendita. Anche qui i giureconsulti recarono un certo concetto di successione. A questo punto spetta la *l. 13, § 2, de a. vel a. p.* Ulp. « Praeterea quaeritur, si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona ejus? et sunt, qui putent, non posse: quia venditionis est resolutio redhibitio: alii emtorem venditoris accessione usurum, et venditorem emtoris: quod magis probandum puto ». Nel caso del compratore che abbia redibito la cosa comprata, fu questione fra gli antichi giureconsulti se il venditore potesse usare dell'accessione del tempo in che quello avea posseduto. Alcuni, probabilmente i proculiani, negavano; perchè nella redibizione, piuttosto che essere il compratore autore del suo

[1] Nell' inciso « si legatum vere fuit » CUJACIO *VIII, 278,* vorrebbe leggere « per damnationem », quasi che altrimenti non potesse essere lasciato il legato, trattandosi di usucapione e perciò di cosa altrui. Le cose, che esponemmo § 531, mostrano la poca solidità di tal congettura. Praticamente poi non si comprende come un testatore che avea principiato ad usucapire credendosi padrone, e che, come per lo più accade (riguardata specialmente la brevità de' tempi nelle antiche usucapioni), era rimasto in tal b. f. e credenza, potesse astenersi dalla forma *per vindicationem*.

venditore, esiste risoluzione della antica vendita in modo che il possesso anteriore del compratore sembra risultare privo di titolo, inetto perciò a trarne partito per usucapione « quia venditionis est resolutio redhibitio ». Ma altri, forse i sabiniani, tennero la contraria affermativa sentenza, *h.* § *2.*, *l. 19*, *h. t.* di Giavoleno, *l. 6*, § *1*, *de div. temp. praescr.* d'Africano discepolo di Giuliano. E questa sentenza fu ricevuta, *h.* § *2.* Al ragionare de' primi la risposta è in *d. l. 6*, § *1.* Non doversi l'affare riguardare come se per mezzo della redibizione la vendita sembri fin dal suo principio nulla, come accade quando trattasi di vera, sospensiva condizione che abbia mancato; ma piuttosto essere nella natura della risoluzione « perinde haberi, ac si retrorsus homo mihi (venditori) venisset ». Si conserva il titolo che nel mezzo tempo ebbe il compratore; il suo possesso *pro emtore* idoneo all'usucapione può aggiungersi a quello ricuperato colla redibizione dal venditore. Sembra per mezzo del nuovo trasferimento divenire il compratore l'autore del venditore medesimo [1]. L'accessione fu ancora, e più facilmente ricevuta quando la cosa si ripiglia in forza di patto commissorio, *d. l. 6*, § *1*, o di altra condizione aggiunta in forma risolutiva, *d. l. 19.*

---

[1] Sembra impervio all'intelletto, che Giavoleno nella *d. l. 19*, *h. t.* nel sostener l'accessione a prò del venditore ha sembiante di valersi dell'istessa ragione, colla quale gli avversari sostenevano la lor negazione « quoniam ea venditio proprie dici non potest ». Onde CUJACIO *I, 1128, A'.* contro l'autorità di tutti i codici e de' basilici (« *οὐδὲ γάρ ἐστι κυρίως ἀγορασία* » *L. 3, 18, Heimb. V, p. 58*) vorrebbe leggere « quamquam » invece di « quoniam ». Se non che quella frase nel discorso di Giavoleno non è vera ragione di decidere (questa si trova in *d. l. 6*, § *1*, *de div. temp. praescr.*), ma risposta a ragione di dubbio. Poichè all'accessione in discorso poteva farsi ancora la seguente obiezione. Come mai potrà il venditore voler servirsi coll'accessione del possesso del mezzo tempo, quando esso del possesso si era privato per via di un atto suo valido, della sua valida vendita? Risponde Giavoleno, non esser propria, ossia non piena come è ordinariamente la vendita, quella che portò in se stessa la causa del redibire. Ma si dirà, non è alla fin fine contraddittorio dire che fu e dire che non fu la vendita, come pur si trova ne' due testi citati? Non già. La vendita fu, quanto alle generali regole del dritto ed alla comun verità, se-

§ 560.

Ma se manchi assolutamente il giusto titolo, che formi la successione, non si può parlare di accessione. Qui credo che spetti la *l. 13*, *§ 3. de a. vel a. p.* « Si liber homo, vel alienus servus, cum bona fide servirent, comparaverint, et alii adquisierint possessionem: neque liberum, neque servi dominum debere uti accessione ». Cujacio *VIII*, *275*, fa la specie di quegli acquisti, che l'uomo libero o l'altrui servo, tenuti in b. f. facciano fuori della causa peculiare e delle cose del possessore. Poichè, esso dice, se invece acquisto vien fatto per una di coteste due cause, le cose divengono così stabilmente del possessore di b. f., che non mai possono in avvenire appartenere all'uomo libero o al vero padrone del servo, sui quali perciò non è luogo a domandare se possano servirsi dell'accessione di possesso. Secondo Cujacio quel testo stabilisce, che, restituite all'uomo libero o al vero padrone le cose che furono acquistate fuori di quelle due cause, esso uom libero o vero padrone non può valersi dell'accessione del possesso che ebbe luogo fra il tempo dell'acquisto e quello della restituzione. E la ragione per Cujacio sarebbe, perchè nel restituire non è il possessore di b. f. il vero autore per l'uomo libero o pel padrone, cui si fa la restituzione, ma piuttosto la legge che questa restituzione ha imposto. Ma, a dir vero, questa interpretazione, per quanto acuta, non mi sembra conveniente alle parole del testo. Le parole « et alii adquisierint possessionem » sono inconcepibili per gli acquisti fuori delle

---

condo la quale è marcata la differenza fra contratti nulli e contratti risoluti; e ciò vale all'effetto che il possesso che n'ebbe il compratore, munito del titolo *pro emtore*, sia ora idoneo all'accessione pel venditore. Si dice poi che non fu, in senso tutto speciale al nostro trattato ed occasionale per quella ragione di dubitare; in quanto che non fu quale suol essere la vendita, non piena, ma contenente in se stessa e virtualmente la causa della redibizione e della risoluzione: lo che basta per escludere, che si consideri fatto per essa abbandono di possesso per mezzo d'atto talmente valido da essere incompatibile coll'attuale uso dell'accessione.

ripetute due cause, ne' quali il possesso non è acquistato ad alcuno (§ 256 seg.). Onde credo doversi piuttosto fare la specie di acquisti fatti colle opere proprie o per la cosa del possessore, onde e il dritto e il possesso appartenne al possessore medesimo costituito in b. f. Il servo altrui fu poscia riprêso dal suo padrone, l'uomo libero si rivendicò in libertà. In questa occasione, e nel ripigliare altre cose, facilmente avvenne di fatto che prendesse anche quelle cose che avea per le dette due cause acquistate. Essendo questo un prendere illegittimo, non vi si ravvisa titolo, non successione, non si può parlare in qualunque ipotesi di accessione, anche se usucapione possa correre per prova speciale di giusto errore. Imperocchè per l'accessione il titolo putativo non basta giammai. Così l'accessione non può aver luogo quando il pupillo alieni una cosa propria (§ 290 n. 1), *l. 11, de a. r. d.*; nè dà rimedio la special prova di error putativo anche quando questa salvi l' usucapione, *l. 2, § 16, pro emt.*

§ 561.

In secondo luogo perchè l'accessione possa farsi è necessario un tal congiungersi fra loro de' due possessi, che non esista intermedio possedere di altra persona. A questo punto riferisco il testo di Ulp. *l. 13, § 4, de a. vel a. p.* « Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat? Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur: sed non idem in heredibus plerique probant: quoniam plenius est jus successionis, quam emtionis: sed subtilius est, quod in emtorem, et in heredem id quoque probari ». Imperocchè non accetterei la interpretazione di Böcking *Instit. § 148, n. 31,* che cioè Ulpiano proponga la questione, se corra l'usucapione pria che l'erede abbia adita l'eredità, ossia mentre l'eredità è giacente. E siccome a tal questione avrebbe a rispondersi affermativamente (*l. 31, § 5, h. t.*), Böcking intende quel che nel testo segue alla domanda in questo modo: Quanto ai compratori il possesso sarebbe interrotto, *ma* (« sed ») quanto agli eredi molti giureconsulti approvano il contrario; *e* (Böcking

prende il secondo « sed » del testo per congiunzione, quasi continuazione del « sed » primo) sarebbe anche soverchiamente sottile (« subtilius ») generalizzar troppo i principii per dire l'istesso dell'erede e del compratore. Osta in primo luogo che il trattato sui compratori non avrebbe che fare colla supposta questione e sarebbe inserito senza alcuna analogia nella risoluzione della medesima. Osta in secondo luogo, che una lettura fatta del testo senza prevenzione ci fa agevolmente scorgere nel secondo « sed » una correzione della proposizione immediatamente precedente; se l'inciso, a cui questa parola fa capo, fosse continuazione del precedente, Ulpiano avrebbe piuttosto detto « nam ». Finalmente osta che la parola « subtilius » adoperata assolutamente significa, più acutamente, più profondamente, è parola di approvazione e non di condanna [1]. Pertanto credo che miglior sia la interpretazione data a questo frammento da Cujacio *VIII*, *275*, *D*. Era la questione del caso, in cui fra la morte del testatore, e l'acquisto del possesso dell'eredità per parte dell'erede, un altro avea posseduto la cosa. Acquistato poscia dall'erede il possesso anche di questa, alcuni credevano che esso potesse congiungere al tempo del proprio possedere quello del possesso del defunto, dando tanta importanza a questo modo di succedere da non poter ammettere che qualunque pertinenza dell'autore non fosse pur anco dell'erede. Ma più sottilmente altri equiparavano in questo articolo l'erede al compratore, il quale non ha certamente facoltà di unire i tempi se nel mezzo tempo fra la compra e la presa di possesso un terzo avesse posseduto la cosa. Così Giavoleno *l. 20*, *h. t.*, e Pomponio *l. 6, § 2*, *pro emt.* La ragione dello equipararli si è, che il possesso alla fin fine è cosa di fatto. Qualunque sia la forza della successione ereditaria, sempre la verità è che il possesso del defunto si spense colla vita di questo, nè il fatto dell'erede può dirsi fatto

[1] Quando i giureconsulti vogliono condannare una soverchia sottigliezza, la esprimono con qualche aggiunta; così intendemmo il « *mera* subtilitate » di Pomp. *l. 32, § 2, h. t.*, approvando ivi la simile accezione suggerita da Böcking (§ 174).

dell'autore. Certo che nella finzione dell'accessione fu tratto partito dal concetto della ereditaria successione; ma tal finzione non può indursi per sua natura se non laddove esista almeno la continuazione del fatto così che la fine dell'uno sia contestualmente principio dell'altro [2]. — Dalle cose ora esposte apparisce come non possa per converso accettarsi la interpretazione data da Cujacio *VIII*, *275*, *E.* alla *d. l. 13*, *§ 5*, *de a. vel a. p.* « Non autem ea tantum possessio testatoris heredi procedit, quae morti fuit injuncta: verum ea quoque quae umquam testatoris fuerit ». Il giureconsulto di Tolosa interpreta per una breve vacanza che avesse avuto luogo prima del tempo della morte così, che il possesso del defunto non giungesse precisamente all'epoca suddetta, ma avesse subito una tenue interruzione. In primo luogo l' « umquam » significa « quandocumque » in modo che importi per se qualunque intervallo di tempo: e nella stessa *l. 46*, *pr. de furt.*, invocata da Cujacio ad esempio, conserva questo preciso significato. Inoltre seppure per un brevissimo tempo la vacanza avesse preceduto la morte, mancherebbe sempre quel legame fra possessi che è indispensabile per l'accessione nella usucapione. Egli è certo, che questo *§ 5*, *d. leg. 13* appartiene esclusivamente all'*utrubi*, siccome ad esso vedemmo (§ 131) appartenere il *§ 7*. Nell'*utrubi*, com' è noto, prevaleva colui che avesse posseduto per la maggior parte dell'anno computato indietro, sia che il suo possesso avesse esistito nello spazio anteriore sia che nel posteriore dell' anno medesimo. Ammessavi l'accessione tanto pe' successori universali che per i singolari *Gaj. IV*, *151*, dovette porsi in conto qualunque possesso dell'autore computando l'anno indietro, benchè non fosse stato al tempo della morte, ma anteriormente [3].

---

[2] Il principio della continuazione non toglie al certo che si uniscano al nostro de'possessi anche mediati, purchè uniti essi stessi a quello immediato. Vedemmo nel § 559 un esempio nella *l. 13, § 10, de a. vel a. p.*

[3] Anche altri ha riportato il presente frammento all'*utrubi*. Ved. Maynz *§ 175, n. 11, § 199, n. 77.*

§ 562.

Terzo ed ultimo requisito per l'accessione è, che debbano ambedue i possessi essere non viziosi, ossia non nati viziosamente, od anche non infetti da vizio dopo la loro nascita secondo le distinzioni e le dichiarazioni fatte nel § 550; insomma devono essere ambedue atti alla usucapione, *l. 13, § 13, de a. vel a. p.* Un esempio di vizio nel possesso precedente è nella *d. l. 13. § 8* « Ex facto quaeritur, si quis manumissus, ex causa peculiari habeat rem, non concesso sibi peculio: deinde dominus velit, retracta possessione, accessione uti, an possit? et placuit, non esse dandam hanc possessionem, quae clam habita est praedone possidente ». La ragione di difficoltà in questo frammento stà nella massima da noi altrove fissata, che l'altrui clandestino possedere non ci toglie i possessi; in modo che non si comprenda a prima vista come possa trattarsi d'accessione da farsi o no dal padrone, quando questo ha sempre posseduto. Onde io credo doversi il frammento medesimo intendere delle cose mobili, sulle quali la ricordata massima non vale (§ 361 segg.). Ciò posto, è chiaro, che un possesso nato viziosamente, un possesso clandestino, privo di titolo, possesso da predone (qual può dirsi ogni possesso privo di titolo e di b. f. *l. 11, § 1, de H. P.*) non poteva essere adoperato nell'accessione siccome inetto alla usucapione. Difficoltà diretta contro la tesi presente viene dal seguente *§ 9, d. leg. 13* « Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit ». Non torna il vizio nel primo possesso dichiarato ingiusto dal giudice? E la difficoltà cresce e diviene a mio parere insuperabile, se con Cujacio *VIII, 277*, volessimo trasportare le ultime parole del § preced. « praedone possidente » a capo del nostro, e leggere « Praedone possidente, si jussu judicis etc. » [1]. Cujacio spiega il testo as-

[1] La trasposizione suggerita dal Cujacio si trova anche ne' basilici *L. 2, 12, Heimb. V, pag. 50,* solo cangiata la espressione del predone in quella di possessore di mala fede (« Ὁ ἐνέμου κακῇ πίστει »); onde in verità mi sembrerebbe tanto più chiara la sua spettanza al preced. paragr. Detta trasposizione è accettata anche da Mommsen.

solutamente colla forza della sentenza del giudice, e coll'autorità della cosa giudicata, che porta anche gli errori alla specie di verità. Quando il giudice ordinò *restitui* la cosa, intese restituzione, piena, *l. 246, § 1, de V. S.;* dunque, dice Cujacio, tale da contenere l'accessione del possesso. Errò il giudice nell'attribuire alla restituzione così ampio valore, ma lo comandò; e la regiudicata si ha per verità e per giustizia. Ma a dir vero, non so persuadermi che la parola *restituere*, per quanto pienamente si prenda, significhi giammai l'accessione, che non da alcun atto dell'uomo ma dalla legge è per se formata. Molto meno so intendere come voglia di quella parola forzarsi la interpretazione per ritrovarvi un errore. Crederei, che debbasi ritenere la divisione de'paragrafi come si trova comunemente, e lasciare l'espressione « praedone possidente » al *§ 8*, dove, come vedemmo, si trova egregiamente. Farei la specie del *§ 9* di qualunque caso, nel quale accada la successione singolare non spontaneamente e di buon volere, ma per *jussus* del giudice. Comprai da te, tu non vuoi consegnarmi la cosa; ebbi da te donazione per promessa, tu ti ricusi all'adempimento. Interviene lo *jussus* del giudice: bene lo *jussus*, e non la *condemnatio* che era sempre concepita di danaro, *Gaj. IV, 48.* Tu obbedisti, e mi consegnasti la cosa. Il tuo possesso non fu vizioso; mentre il dover alcuno trasferire il possesso in un altro non toglie al suo possedere lo essere munito di giusto titolo, come non toglie che sia principiato in b. f., adatto in tutto e per tutto all'usucapione [1]. Quindi è idoneo perfettamente all'uso dell'accessione.

Articolo Sesto

Idoneità del subietto

§ 563.

Non per ogni possessore correr possono le usucapioni. Imperocchè, a parte che non siano ammessi ad usucapire coloro che vedemmo esclusi dal possedere, neppure furono

[1] E durava tale anche dopo la contestazione della lite, § 557.

atti ad usucapire i mancanti di romana cittadinanza. Imperocchè colla usucapione si acquistava il dominio *ex iure quiritium*, del quale i peregrini non eran capaci. Vedemmo § 554 un passo di Cicerone *De offic. 1. 12, 37*, che ci riporta la legge delle dodici tavole « Adversus hostem aeterna auctoritas esto ». Molti scrittori convengono che la parola *hostis* abbia ad intendersi per peregrino, sull'autorità di Macrobio *1. Saturn. 16*, [1]. Questa proibizione durò fintantochè tutti gli abitanti dell'Impero furono resi cittadini romani; opera in gran parte di Caracalla, perfezionata da Giustiniano.

Articolo Settimo

Idoneità dell'obietto

§ 564.

Non possono certamente essere usucapite le cose che non ammettono il possesso. Esponemmo § 170, segg., essere assolutamente tali le cose esenti in tutto e per tutto dal commercio, l'*homo liber*, le *res divini juris*. Vedemmo, che le cose *naturali jure omnium communes* prese nella loro totalità non sono sottoposte al commercio, nè oggetto di possesso per la ragione che non vi si concepisce esclusività. Che le cose pubbliche in senso stretto, cioè quelle che *in usu publico habentur*, non sono sottoposte al commercio, nè possono essere possedute come tali nella loro totalità; perchè anche in esse così considerate la esclusività non si intende. Soggiungemmo quanto a queste, che, appunto per essere nella totalità loro esenti dal commercio, non possono essere sottoposte ad usucapione o prescrizione; quantunque vi si concepisca un possesso naturale quando sian ritenute non come cose pubbliche ma come private: citando la *l. 9, h. t.*, e riportando a

---

[1] Varrone ancora *De l. l. 4*, ci avverte che il peregrino, il quale si valeva delle sue leggi, era una volta chiamato *hostis*. — Altri scrittori hanno inteso questa legge decemvirale della proibita usucapione delle cose furtive. Ma in niun luogo il ladro è detto *hostis*.

questo punto la *l. 9*, *C. de aquaed.* — Però avvertimmo § 172, che queste cose, che *in usu publico habentur*, in certi rapporti o in certe parti possono essere obietto e di commercio e di possesso in quanto ciò sia conciliabile coll'uso comune; e rimettemmo al presente trattato il dimostrare, che sotto questo punto di vista v'è ammessa, se non usucapione, la prescrizione. Proviamolo. La *l. 9*, *h. t.* stabilisce in genere, e senza che limitazione si trovi nè in essa legge nè altrove, che non è ammessa usucapione nelle « rebus publicis populi romani ». Quindi è costatata la esclusione della usucapione; estesa fin qui in riguardo alla proprietà del popolo romano, che gli antichi vollero assolutamente inestinguibile di fronte all'usucapione de' privati [1]. Non altrettanto può dirsi della *praescriptio* [2]. Di questa, cosa sia ed in che dall'usucapione differisca, dovremo parlare fra poco (§ 569). Ora osserviamo, come una *praescriptio* si trovi ammessa nella *l. 7*, *de div. temp. praescr.* Marciano « Si quisquam in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure uti prohibet ». Vale a dire; se un altro cittadino voglia pescare nella stessa svolta di fiume, e, poi che lo impedisce colui il quale per molti anni vi avea pescato, voglia esercitare contro di esso l'interdetto *ut in flum. publ. navig. liceat* [3], verrà respinto colla *praescriptio longi temporis* [4]. In un modo più generale la *praescriptio* è secondo me riconosciuta da Paolo *V. 2*, *4*, passo

---

[1] AGGENUS *pag. 82* « jurisperiti negant, illud solum, quod solum populi romani coepit esse, ullo modo usu capi a quoquam mortalium posse. Et est verissimum. »

[2] Ben la riconoscono in questa materia WINDSCHEID *§ 146, 3*, RANDA *pag. 544, n. 21, fi.*, ed altri.

[3] Interdetto che si applica anche ad altri usi de'fiumi pubblici, oltre quello della navigazione, cf. *l. 1, § 8, ut in fl. publ. navig.*

[4] Però questo dritto ad eccepire durerà nel pescatore antico finchè ei resterà nella consuetudine di pescare in quel punto; non già se dopo aver cessato dalla medesima tornasse ad impedire altri pescatori. E così i glossatori intesero bene la *l. 45, pr., vers. vel si quis, h. t.:* ciò si arguisce dall' unione di questo *vers.* col precedente trattato (ved. § 171, n. 1,).

molto discusso dagli scrittori « Decem vel [5] viginti annorum praescriptio etiam adversus rem publicam prodest ei, qui justum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus est. Actio tamen rei publicae, quanti ejus interest, adversus eos dari, qui ea negotia defendere neglexerunt ». Contro la *Respublica* è ammessa la *praescriptio* senza distinzione di cose, e perciò comprensivamente a quelle che *in usu publico habentur* in quanto sono in commercio, ossia in quanto ad alcuni rapporti o parti delle medesime. Che poi le parole « rem publicam, rei publicae » adoperate nel testo, siano qui da riferirsi allo Stato romano, cioè alla *Respublica populi romani*, apparisce da ciò, che questa è la lor propria significazione *l. 16, de V. S.* [6].

§ 565.

Accennammo anche nel § 173, che la *pecunia populi*, per se capace di commercio e di possesso, pur essa non ammette nel dritto romano usucapione, ma si prescrizione. La esclusione dell'usucapione è ben fissata da Schirmer *pag. 105, segg.* sull'argomento del trovarsi alla usucapione sottratte le *res fisci*, come vedremo fra poco. Che poi vi sia ammessa la *praescriptio* è dimostrato dal succitato passo di Paolo *V. 2, 4,* [1] —

---

[5] Queste due prime parole vanno aggiunte nel testo; ved. HUSCHKE *Jurispr. antejust. pag. 433.*

[6] Onde l'editto sulla restituzione in intero per gli assenti *reipublicae causa* non spettò per se stesso ai legati dei municipii, *l. 8, ex quib. ca. major.*; e l'anno di vacazione concesso agli assenti *reipublicae causa* dopo il ritorno era limitato agli assenti per causa della Repubblica del popolo romano, *l. 10, pr. de excusat.*

[1] SAVIGNY *Syst. IV. pag. 485, segg.* discorrendo sulla prescrizione immemoriale ne stabilisce l'origine dicendo, che in gius pubblico esistono principii simili alla usucapione ed alla prescrizione, mentre le istesse necessità, che nelle cose private introdussero queste, imponevano qualche cosa di simile nelle pubbliche; ora non essendovi legislatore possibile, che stabilisse il tempo, fu ricevuto il tempo immemoriale. Soggiunge, che la teoria della prescrizione immemoriale fu dalle cose di dritto pubblico trasferita a que' dritti privati che hanno origine dall'influenza di questo, os-

È fra gli scrittori questione, se a simiglianza della *pecunia populi* anche i *bona civitatum*, che impropriamente si riferiscono alle cose pubbliche *l. 15, de V. S.*, siano esenti dalla usuca-

---

sia che vengono regolarmente costituiti dalle pubbliche autorità. Quindi esso crede poter spiegare le *l. 26, de aq. et aq. pluv.*, e *l. 3, § 4, de aq. quot. et aest.*; dove per una servitù di acquedotto si richiede, in mancanza della costituzione fatta da legittima autorità, la « vetustas » o un « ductus aquae, cujus origo memoriam excessit ». Riferisce i due testi alla presa d'acqua da un castello pubblico, che regolarmente dovrebbe farsi per concessione di autorità legittima; e dice, che in mancanza di tal concessione non basta la prescrizione ordinaria in questa cosa, che pur spetta alla *pecunia populi* (§ 173, n. 1), richiedersi per que' due frammenti la immemoriale. E così concilia questi medesimi testi con altri che per acquedotto si contentano della prescrizione ordinaria, come la *l. 10. pr. si serv. vind.* (cf. § 445). Sogliono opporre ai detti due testi anche la *l. 2, C. de serv. et aq.*, che però spetta all'*aquaeductus* improprio (§ 449). Lasciamo lo esaminare quel che stabilisce Savigny sulla immemoriale in genere, quantunque il riportarla specialmente ad un'istituzione di dritto romano sembri alquanto azzardato. Lasciamo anche di esaminare gli altri casi che quel nobile scrittore riduce nella stessa teoria, cioè quello sulle *viae vicinales* cangiate in *publicae* trattato da Ulp. *l. 3, pr. de loc. et itiner. publ.*, e l'altro sui lavori fatti per lo scolo delle acque piovane trattato da esso Ulp. *l. 1, § 23, vers. si tamen lex agri, de aq. et aq. pluv. arc.* : casi e testi, che pur sembrano anche più chiaramente dei due testi sull'*aquaeductus* alieni dalla sua tesi. Limitandoci a que' due frammenti che spettano al nostro trattato, riflettiamo, che in essi non è vestigio che vi si parli di deduzione dal castello pubblico; cosa, che in punto tanto luminoso non sarebbe taciuta da Scevola e da Pomponio. Vi si tratta di acquedotto su acqua privata: vi si riporta la immemoriale, come ultimo rifugio in difetto di ogni altra difesa legale, anche di quella della ordinaria prescrizione; ed a questa veduta si adattano le parole de' giureconsulti. Vale a dire si fa luogo alla immemoriale in vista della ipotesi, che neppur potesse assegnarsi al quasi possesso un'origine certa sicchè potesse discutersi se questa fosse stata o no viziosa per violenza o clandestinità o precario (§ 475). Fra le molte altre interpretazioni date ai due frammenti (GLOSSA *in l. 2, C. de serv. et aq.*, *in l. 10, si serv. vind.*, CUJACIO *Observat. 18, 28.*, UNTERHOLZNER *Verjähr. § 142*, THIBAUT *Besitz p. 111, 181*, che poi si corresse *Pandekt. § 1017* 8ª. *ediz.*) somiglia alquanto alla nostra quella di DONELLO *XI, 11, § 17.*, che cioè basti la ordinaria prescrizione di dieci e vent'anni quando il possesso cominciò *nec vi nec clam nec precario*, si richiegga l'immemoriale allorquando il possesso sia principiato *aut vi aut clam aut precario*. Però non a torto osserva SAVIGNY *pag. 502*, che non può conciliarsi l'essere immemoriale coll'avere origine conosciuta.

pione. Per l'esclusione della usucapione stanno Ulterholzner *I.* *§ 45, 58*, Vangerow *I. § 317, 4,* Puchta, *§ 158, d.* ed altri: per l'ammissione invece Schirmer *pag. 111, segg.*, Böcking *II, § 145, 29.*, Arndts nella 5ª edizione *§ 162, n. 1.*, Windscheid *§ 182, 5*, ecc. La penserei co' secondi. Oltre la *l. 15, § 27, de damno inf.* da essi citata (ved. § 148, 457,) mi muove la natura di queste cose, che, appunto per essere solo impropriamente dette pubbliche *d. l. 15, de V. S.*, non si assomigliano nel dritto alle cose del popolo romano se non dove ciò è fatto espressamente; di modo che resta sempre, che « publica appellatio in compluribus causis ad Populum Romanum respicit: Civitates enim privatorum loco habentur » *l. 16, eod.* Così nella legge Giulia *peculatus* il danaro pubblico significò il danaro del popolo romano, e solo per le Costituzioni fu estesa alle *res civitatum, l. 4, § 7, ad l. Iul. pecul.*, e la scusa concessa ai conduttori de' pubblici *vectigalia* non mai fu estesa a colui che « vectigalia conduxit a civitatibus » *l. 8, § 1, de vacat. et excus. muner.*, cf. *l. 15, § 10, de excusationib.* (add. § 564, n. 6). Ora in nessun testo troviamo sul punto delle usucapioni, ove pur tanto necessaria stata sarebbe una chiara positiva sanzione, parificati i beni *civitatum* alla *pecunia* pel popolo romano. La *l. 12, § 2, de publ. in rem act.* non esclude che l'usucapione nell'*ager vectigalis*, come tale, ossia come *jus agri vectigalis*, e non nel fondo stesso, per se e semplicemente considerato (§ 456, seg.) La *l. 9, h. t*, è ragionevolmente riferita dagli scrittori, che sono nella opinione da noi difesa, alle cose destinate all'uso diretto de' cittadini, come alle piazze, strade ecc., in quanto che sono anch'esse esenti dal commercio, cioè in quanto l'uso esclusivo d'un privato è inconciliabile coll'uso comune; come desidera il contesto del frammento, ossia la natura di tutti gli altri enti nominati e prima e dopo le due parole « et civitatum » [1]. La *l. 2, C. ne rei domin. vel templor.* parla di possessori di m. f. (« qui perperam... detinent »). La *l. 9, C. de aquaed.* non spetta affatto alle cose *civitatum*, delle quali parliamo (§ 172). Solo è da se-

---

[1] Cf. *l. 2, l. 6, C. de oper. public.*

gnalare una Costituzione di Giustiniano *l. 23, C. de sacros. Eccles.*, che le cose delle città voleva prescritte solo con cento anni. Se non che questo privilegio trovasi quindi abolito nella *Nov. III. c. 1.* — Le cose del fisco sono in dritto romano sottratte all'usucapione *l. 18, l. 24, § 1, h. t., l. 2, C. comm. de usuc., § 9. I. h. t.*; come lo è pure la *res privata* del Principe *l. 3, C. ne rei domin.*, la quale del resto gode di tutti i privilegi del fisco *l. 6, § 1, de jur. fisc.* Erano però queste cose sottoposte alla prescrizione; la quale secondo una Costituzione di Arcadio *l. 6, C. de fund. rei priv.* sembra essere quella di trent'anni. Per un'altra Costituzione di Anastasio *l. 14, C. de fund. patrimon.* (cf. § 457) la prescrizione dev' essere di quarant'anni per gl'immobili patrimoniali. Così si deve intendere come nella *Nov. 30, c. 7* sia negato che al fisco si opponga la ordinaria *l. t. praescriptio* nella rivendicazione del suolo Tamiaco; cf. tit. Cod. *De praediis Tamiac.* — Anche le cose delle Chiese e de' Luoghi pii non possono subire che la prescrizione di quarant'anni, *d. l. 14, C. de fund. patrim.* Giustiniano la volle di cento anni, *d. l. 23, C. de sacros. Eccl.*: ma poi la ricondusse ai quaranta, *Nov. III, c. 1., Nov. 131, c. 6.*

§ 566.

Poichè ci siamo condotti a terminar quasi la esposizione della esclusione dell'usucapione su alcune cose in ragione della qualità del loro proprietario; parliamo qui anche delle usucapioni sulle cose di coloro, che non sono atti ad esercitare da per loro le azioni di rivendicazione. Quella maggior facilità che in qualche punto ci si mostra di escludere in pratica più facilmente la prescrizione che la usucapione (cf. § 557), si fa rivedere nel punto presente. Nella prescrizione, che, come vedremo, non fu in origine che un'eccezione, il Magistrato aveva per questo stesso maggior campo pratico di dar peso a ragioni che la escludessero [1]. Quindi nella pre-

[1] Giusta riflessione fatta da SCHIRMER *pag. 209*, per spiegare la *l. 3. C. quib. non objic.*; quantunque esso esponga questa materia in un punto di vista differente dal nostro.

scrizione fu ricevuto, che non avesse luogo affatto quando un terzo avesse venduto cose di proprietà di persone non aventi facoltà di agire e di rivendicare; mentre questo impedimento rendeva ben equo, che esse non avessero a soffrire la prescrizione medesima. Così troviamo rescritto per coloro che siano occupati *Reip. causa, l. 3, C. de dol. mal.* « Non possunt obesse tibi tempora, quae in actione de dolo solent computari, quibus Reipublicae causa (ut allegas) occuparis: sed exinde tibi incipiet tempus cedere, ex quo muneribus liberatus facultatem agendi intra praestituta tempora coeperis obtinere ». Quindi alienate da terzi cose di pupilli o di minori non avea luogo affatto prescrizione contro di questi; tranne la tricennaria, di cui fu ammesso che corresse a carico non già de' pupilli ma sì de' minori, *l. 1, l. 4, C. si quis ignor. rem minor., l. 3, C. quib. non objic. l. t. praescr., l. 3, C. de praescr. trig. vel quadrag. ann.* [2]. Per la ragione medesima gl'impp. orientali non ammisero la prescrizione a carico dei figli di famiglia, quando cose del peculio avventizio fossero state alienate dal padre, *l. 1, C. de bon. matern., l. 4, C. de bon. quae lib., l. 1, § 2, C. de ann. except.* « Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant? » [3]. Nelle usucapioni, dove

[2] È noto, che pupilli e minori non possono agire in giudizio da per loro, cf. § 568.

[3] Il padre non può alienare i beni avventizi, non già per speciale proibizione, come quella che il dritto nostro fa sovente a carico di padroni e loro rappresentanti (della quale ne' suoi rapporti colla usucapione parleremo d. § 568); ma per la generale regola che niuno può alienare le cose altrui coll'effetto di trasferire il dominio, lo che non toglie che il titolo sia regolare ed atto per se all'usucapione. — A ciò che abbiamo stabilito quanto alla prescrizione, che affatto non abbia luogo contro coloro che non sono in piena facoltà di rivendicare, non fa ostacolo la *l. 3, § 31, de S. C. Silan.*, dove trovasi data soltanto una restituzione in intero. Nel caso di questo testo v'era di mezzo la volontà del testatore, che la condizione, passato un dato termine, non potesse più adempirsi. Nè la condizione potestativa poteva aversi per adempita; giacchè non si hanno per adempite le condizioni potestative, quando chi era sotto le medesime beneficato in un testamento, nulla fece con che dimostrasse se stesso preparato all'ossequio; mio lib. *De oblig. pag. 205, no. d.*

non entravano le riflessioni che abbiam fatto sulle prescrizioni, diverso era il dritto. Esse correvano *ipso jure* anche a carico di chi non potesse rivendicare, *l. 2, de eo qui pro tut.*, *l. 4, § 11, h. t.*, *l. 7, § 3, pro emt.*; e solo si dava una restituzione in intero, *l. 4, § 24, de dol. mal. et met. exc.* [4], *l. 1, C. si adv. usucap.* [5].

§ 567.

Non è meraviglia, se sul cadere dell'ottobre dell' anno 529 Giustiniano, preso com'era dal pensiero di equiparare usucapione e prescrizione, eliminasse la descritta differenza che fino a lui era stata fra quelle due istituzioni; e, prendendo il modello più conforme all'equità ed alla mitezza, applicasse anche alle usucapioni il principio che non corressero contro chi non era in facoltà di agire. Nella *l. 30, C. de jur. dot.*, segnalato un certo natural dominio delle donne sulle loro doti durante il matrimonio (§ 159, n. 1), stabilì, che ad eliderlo non valesse nè prescrizione nè usucapione finchè le donne medesime non si trovassero in grado di poter muovere le azioni per la ripetizione « Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula (sive per triginta, vel quadraginta

[4] Pertanto è chiaro non doversi in questo frammento correggere con CUJACIO l' « et usucapta » in « nec usucapta ».

[5] Il correre della usucapione a carico de' pupilli o minori, stabilito in questi luoghi, deve intendersi del caso, in cui non lo stesso pupillo o minore abbia alienato le cose proprie; poichè nell'alienazione, fatta da esso pupillo o minore, la usucapione non corre punto, per esser fuori affatto del campo ad essa prescritto delle leggi (§ 491, e 568). Nè tampoco deve intendersi di quelle cose di pupilli o minori, che per la *Oratio D. Severi* non possono essere alienate senza decreto, e di fatto siano state senza esso distratte o dal tutore o curatore ovvero da terzi: le quali cose non ammettono del pari usucapione, parte per la stessa sopra allegata ragione, parte per l'influenza della regola nella *l. 28, de V. S.* (d. § 491, n. 3, e 568). A questi casi riducemmo in d. § 491 la *l. 48, pr. de a. r. d.* Correvano le usucapioni quando non il pupillo o il minore avesse fatto alienazione, ma un terzo; e si trattasse di cose non sottoposte alla detta *Oratio*.

annorum metas), sive ex alio quocumque tempore majore, vel minore sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis, post dissolutum matrimonium: minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit etc. » [1] — Dagl'istessi pensieri lo troviamo ispirato in un'altra costituzione emanata nel settembre del 531., *l. 3, § 3, C. comm. de legat.* Esponemmo nel lib. *De oblig. p. 154, seg.* come dopo dispute fra le antiche scuole de' giureconsulti (*Gaj. II, 200*) fosse ricevuta la sentenza de' proculiani, che, pendente la condizione aggiunta ad un legato *per vindicationem*, il dominio fosse dell'erede *l. 12, § 2, fam. ercisc.* Ma soggiungemmo, che, esistendo la condizione, tale dominio per la natura di simili legati si risolve *ipso jure.* Mostrammo come a tale risoluzione di dominio, la quale si opera *ipso jure*, vada unita inseparabilmente la massima che quel dominio dell'erede, pendente la condizione, era affetto d'intrinseco vizio di risolubilità, era meno assoluto e men pieno. Derivammo le conseguenze delle *l. 11. § 1, quemadm. serv. amitt., l. 69, § 1. de l. 1., l. 105, de cond. et dem.*; vale a dire la risoluzione che, appena esistita la condizione, avviene *ipso jure* anche delle costituzioni di servitù o di alienazioni fatte dall'erede durante la pendenza della condizione medesima. Ora Giustiniano *d. l. 3, § 3, C. comm. de leg.* stabilisce « Sin autem avaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae, ad venditionem, vel hypothecam prosiluerit (heres): sciat quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata: ut nec usucapio, nec longi temporis praescriptio contra legatarium, vel fideicommissarium procedat — Finalmente comparve al primo novembre 531 la *l. 5, C. in quib. ca. in integr. rest. necess. non est*, dove anche quanto agl'imperfetti di età la

---

[1] Il testo non è da intendersi di cose cadenti sotto la disposizione della legge Giulia, ed alienate dal marito: perchè allora alla usucapione osterebbe un'altra regola più antica e più generale, la nullità del titolo non per mera rigorosa formalità, ma per giusta ragione (§ 491).

usucapione è del tutto esclusa, come la prescrizione. Chi rifletta, che prima di Giustiniano contro tali persone la prescrizione o non correva affatto o correva talvolta con pienezza di effetto (la tricennaria contro i minori), mentre le usucapioni correvano *ipso jure* ma erano rescisse con restituzione in intero; chi confronti quest'ultimo testo colle altre precedenti Costituzioni specialmente di Giustiniano, le parole di esse e lo spirito che le informa; chi pensi, che il testo medesimo fu pubblicato nell'istesso giorno, in cui venne emanata la *l. 1, C. de usuc. transform.* con cui si compì la ripetuta equiparazione fra prescrizione ed usucapione; non si lascerà al certo turbare dall'espressione « temporales praescriptiones ». E si persuaderà facilmente, che è la usucapione che viene del tutto esclusa quando è stabilito « in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem temporales praescriptiones contra minores concesserunt; per in integrum autem restitutionem eis subveniebant: eas ipso jure non currere » [1]. Nella detta costituzione *l. 5. C. in quib. caus. in int. etc.* viene in fine conservata la prescrizione straordinaria di trenta o quarant'anni contro i minori.

§ 568.

Mentre il dritto antico ammetteva *ipso jure* le usucapioni contro proprietari, che non fossero in grado di agire e di rivendicare le cose proprie; escludeva in certi casi le usucapioni imponendo a tale esclusione la espressa condizione, che i proprietari fossero in grado di agire e di rivendicare. — Non possono essere usucapite le cose di coloro, ai quali la civile e natural ragione vieta lo alienare delle cose, ed i quali sono in istato di poterle rivendicare. Giacchè se omettano di rivendicare, e così soffrano l'usucapione, sembrano con ciò stesso alienare e far frode alla proibizione, raggiungendo indiretta-

---

[1] Così UNTERHOLZNER *I, pag. 117.*, ARNDTS *§ 162, n. 1,* WINDSCHEID *§ 182, n. 11,*; benchè differisca VANGEROW e qualche altro.

mente ciò che direttamente non potevano.[1] Qui spetta la discussa *l. 28, pr. de V. S.* di Paolo « Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi ». Questo frammento non spetta generalmente al caso che un terzo abbia alienato cose di pupilli o interdetti; mentre il proprietario cui è proibito lo alienare, cioè il pupillo ecc., non può normalmente esercitare esso solo la rivendicazione,[2] ed anzi può solo esercitarla il tutore o curatore.[3] Onde non può dirsi del pupillo ecc. (del quale soltanto è in genere concepita la proibizione d'alienazione), che, cessando la rivendica e sofferta l'usucapione, esso stesso sembri con ciò alienare, e che così si faccia frode alla proibizione legale. Onde vedemmo che in tale ipotesi correva l'usucapione, finchè Giustiniano la proibì ma per ben diverso motivo (§ 566, seg). Nè il riportato frammento riguarda il caso, che uno cui non è lecito alienar cose proprie, come pupillo, minore, interdetto, marito in fondo dotale ecc., abbia prima alienato esso stesso tali cose, e poi soffra l'usucapione. Perchè questo caso è in verità del tutto estraneo alle usucapioni per altra capital ragione; cioè che quando (come nell'enunciato avvenimento) l'acquisto mancò di legalità così da esser nullo per ragione non di sola rigida formalità civile, la usucapione non corre sulle cose di proprietà dello alienante;

---

[1] Dalla esposizione stessa della cosa è chiaro, che non parliamo delle proibizioni, le quali non partono dalla legge o dal magistrato (§ 491), ma da contratto o testamento privato. Queste non escluderebbero passaggio di dominio (cf. *l. 71, pr. de cond. et dem.)*: perciò non si può dire, che se il proibito alieni, abbia a soffrire l'usucapione per ottenere indirettamente il passaggio stesso del proprio dominio — L'usucapione, che a scapito di altra persona potrebbe talvolta compirsi sulla cosa alienata in tali circostanze, può essere proibita per altre ragioni; cioè per la estensione fatta alle usucapioni dalla suesposta massima che contro chi non ha facoltà di agire non corre prescrizione. Così nel caso della *l. 3, § 3, C. comm. de legat.* (§ 567).

[2] *L. 45, § 2., l. 54, pr. de rejudic., l. 2, C. qui legit. person., l. 1, C. qui dare tutor., § 2, I. de curat.*

[3] *L. 2, pr. de adm. et per. tut., pr. I. de iis per quos ag. poss., Gaj. IV, 82.*

si resta in campo, alle usucapioni estraneo del tutto (§ 491)[4] — Ma credo, che la *d. l. 28* spetti al caso, in cui un terzo abbia alienato cose di pupilli o minori, le quali eran di quelle che non si possono dai tutori o curatori distrarre affatto senza decreto per l' *Oratio D. Severi*[5]. Nè il primo acquirente, nè chi poscia acquisti da lui, potranno usucapire durante l' imperfetta età del proprietario, in forza della nostra *l. 28*. Giacchè il tutore o curatore che sarebbe proibito da tali alienazioni e può rivendicare (ved. n. 3), non rivendicando sembrerebbe alienare in frode della *Oratio* — Credo ancora, che sotto certo rapporto la *d. l. 28* riguardi il caso, che lo stesso tutore, o anche il curatore; abbia alienato cose del pupillo o minore, che non potessero esserlo senza decreto. Durante la età imperfetta non corre la usucapione. Non per parte di quello stesso che acquistò allora, perchè qui la nullità del titolo per civile e naturale ragione osta all' usucapione di cose sulle quali l' alienante era *vice domini* (cf. d. § 491). Non per parte di chi in seguito acquistò da lui (*l. 1, l. 4, C. si quis ignor. rem minor.)* per la regola di *d. l. 28*. Poichè il tutore o curatore potendo da per se agire per la rivendica,[6] non può, astenendosene, far ciò che non potè coll' alienare, e così frodare l'*Oratio*. — Finalmente secondo il mio avviso la nostra *l. 28* spetta al caso di fondo dotale alienato da un terzo; ed a casi simili, in cui il vero proprietario delle cose distratte da terze persone sia insieme e proibito dallo alienare e atto

---

[4] Se una donna alienò cosa propria *mancipi* senza autorità del tutore fu ammessa l' usucapione, *fr. vat. 1,* allorquando si giudicò trattarsi di proibizione di rigida formalità, e non consona alla ragione (§ 489).

[5] L' *Oratio* fu estesa, com' è noto, dai tutori ai curatori — Che tali cose siano inusucapibili, hanno già scritto altri; ved. SCHIRMER *pag. 209 e no. 210.*

[6] Credo vera opinione quella di ammettere lo stesso tutore o curatore ad agire per la ricupera dello alienato da se stesso senza decreto. Perchè quando la nullità di un' alienazione non fu introdotta direttamente a favore di colui che vuole agire, ma di un altro o per mero riguardo di ordine pubblico, non osta a quello stesso nella ripetizione la regola, che non si possa venire contro i fatti propri. Così il conjuge donante può ripetere esso stesso le cose donate all' altro conjuge.

a rivendicare. Infatti si veda l'applicazione della nostra massima fatta da Trifonino al marito in caso di alienazione non eseguita da esso stesso, *l. 16, de fundo dotali.*

§ 569.

Passiamo ad altre categorie di oggetti incapaci di essere usucapiti. Tali erano in diritto romano i fondi provinciali, *Gaj. II*, *46.*; perchè non sottoposti a privato dominio *ex jure quiritium*, *Gaj. II*, *7.* Però se non avea luogo ne' fondi provinciali la usucapione, vi aveva ben luogo la *longi temporis praescriptio* per colui che avesse posseduto per dieci anni fra presenti, per venti fra assenti; ossia un decennio o un ventennio, secondo che l'attore ed esso possessore reo convenuto fossero o non fossero nella provincia medesima. Sulla origine di cotesta *praescriptio* ved. § 445. La sostanzial differenza, che la distingue nella sua schietta natura dalla usucapione, consiste in ciò, che essa non genera acquisto di dominio nè azione, ma soltanto esclusione di azione promossa da colui che per lo innanzi avea avuto la *possessio* del fondo provinciale (§ 80). — La *l. t. praescriptio* a tempi della classica giurisprudenza non era nella sua vera natura che un' *exceptio.* Ma nell'epoca anteriore era pur da questa distinta. L' eccezioni hanno la indole, che prima si discuta della intenzione dell'attore; e se esso la provi, allor solo si discuta l'eccezione affinchè, non ostante quella prova, il reo venga assoluto. Ond' è che nella formola veniva inserita l'eccezione nella *condemnatio*, affinchè il giudice condannasse « Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat » o « Si ea res judicata non sit » ecc.; in modo da render condizionale la *condemnatio* medesima, *Gaj. IV*, *119.* Per converso l'indole della *praescriptio* è questa, che la discussione venga limitata od anche del tutto tolta per certi casi. Ne facevan uso gli attori che la facevano aggiungere nella formola ad evitare pregiudizievoli conseguenze che loro sarebbero nate da azione illimitatamente esercitata, *Gaj. IV*, *131.* (cf. il mio lib. *De oblig. p. 230*). Ne facean uso per anco i rei convenuti, i quali l' adoperavano quando la loro difesa

aveva tal forza, che l' intenzione degli attori neppure dovesse esser discussa: come quando volevano impedire, che questi col promosso giudizio provocassero una sentenza la quale, col giudicare implicitamente, recasse pregiudizio a più grave questione. Ond' è che la *praescriptio* veniva inserita nel principio della formola « ea res agatur si praejudicium hereditati non fiat » *Gaj. IV, 133.* Di questa specie era la nostra, forse così concepita « Ea res agatur, cujus longi temporis praescriptio non fuit. » Ma Gajo *IV, 133* ci avverte che le *praescriptiones* de' rei non erano più in uso ai tempi suoi, e che erano state dedotte in speci di *exceptiones.* Siccome ciò avvenne anche nella detta nostra *praescriptio* nata dal tempo; così nelle pandette le *longi temporis praescriptiones* sono dette *exceptiones, l. 30, § 5, de pecul. l. 5, § 1, l. 12, de div. temp. praescr.*, e nella promiscuità del significato talvolta l' *exceptiones* sono chiamate *praescriptiones, l. 23, de except., l. 91, de solut.* — Però fin dai tempi della buona giurisprudenza era introdotto che accanto alla eccezione di lungo tempo si desse ancora un' azione utile *in rem* a colui che per quel tempo avesse posseduto. Cosa chiaramente indicata da Giustiniano *l. 8, pr. in fi. Cod. de praescr. trig. vel quadr. ann.*, e della quale abbiamo un vestigio nella *l. 10, pr. si serv. vind.* Onde facile cosa fu per questo Imperatore *ibid.* il confondere gli effetti della *l. t. praescriptio* e della usucapione, e concedere anche a quella la vindicazione della cosa. Per lo che non han torto quegli scrittori, i quali cotesta prescrizione *acquisitiva* distinguono dalla *estintiva*, che tuttora si oppone solamente alle altrui azioni, e non dà acquisto di dritto ad azione; come sarebbe quella che si adopera contro le azioni personali. — Era rimasta fra le *praescriptiones* e le usucapioni questa pratica differenza, che le prime si compissero nel suolo provinciale con dieci o vent' anni, queste nel suolo italico con due anni. Ma poichè ogni differenza giuridica era cessata al tempo di Giustiniano fra il suolo italico ed il provinciale, e il suolo di tutto l' impero riceveva il medesimo dritto; quindi Giustiniano tolse via anche la cennata differenza, e colla *l. 1, C. de usucap. transform.* ordinò che tutti i fondi si potessero in

egual modo acquistare col possesso di dieci anni fra presenti, di venti fra assenti.

§ 570.

V' era nel diritto romano una singolare esclusione della usucapione relativamente ai confini de' fondi rustici. A questa esclusione appartiene la costituzione di Valentiniano Teodosio ed Arcadio riportata nel codice giustinianeo *l. 5, C. fin. regundor.* « Quinque pedum praescriptione submota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio. » La costituzione medesima nella sua integrità ritrovasi nel Codice Teodosiano *l. 4, C. T. eod tit.* « Quinque pedum praescriptione submota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur hujusmodi legibus una praescriptio, quae improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus finem cum signis limes inclusus congruum erudita arte praestiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujusmodi locum habebit ulla praescriptio, cum diuturno otio alienum rus quisque asserat se diligentius coluisse: quando omne hujusmodi jurgium solo praecipimus jure discingi, quo artis hujus peritis omne commissimus sub fideli arbitratione judicium. » Proponiamo su questa tanto controversa costituzione le nostre congetture con molta cautela, memori di ciò che avvenne a quel Pietro Bailardo interprete, il quale, al proporglisi la dichiarazione di questa costituzione, ammutolì. — Debbonsi preporre alcune osservazioni. Conviene ricordare, che per le leggi delle dodici tavole, e poi per la legge Mamilia, conveniva lasciare tra i fondi confinanti uno spazio di cinque piedi; [1] quale spazio costituivasi per metà « ex utraque possessione. » [2] La ragione è data da Aggeno *loco cit. in n. l.*, (nella ediz. Goes. è a pag. 53). « De fine enim lex Mamilia

[1] CICER. *I. de legib. 21.*, SICULUS FLACC. *de condit. agror. pag. 9, ed. Rig.*, FRONTINUS *de limitib. agror., de controv. pag. 53, d. ed.*, AGGENUS URBICUS *de controv. pag. 68, d. ed.*

[2] SICUL. FLACC. *loc. cit.*

quinque aut sex pedum latitudinem praescribit. Quoniam hanc latitudinem, vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri. » Ossia, come dice Plinio *lib. 18, cap. 19*, cotesto spazio era destinato *ad versuram, ad versum peragendum.* [3] Pertanto fra aventi fondi confinanti poteva duplice controversia elevarsi circa il *modum agrorum*. Una esclusivamente sulla retta osservanza di que' confini di cinque piedi così che ciascuno li soffrisse dedotti per la metà dal fondo proprio. L' altra sopra a qualsiasi altro spazio oltre i cinque detti piedi, sul quale si disputasse, se spettasse all' uno o all'altro proprietario. La prima chiamavasi propriamente questione *finis* o *finalis*; ed era giudizio *finium regundorum.* [4] La seconda dicevasi questione *loci*; [5] ed era *rei vindicatio.* [6] Due poi erano le differenze del diritto che valeva in esse. Quanto alla prima non vi si poteva invocare la usucapione; ossia non veniva

---

[3] In due esemplari delle sentenze di Paolo *lib. I, tit. 16,* che nella collezione Hänel trovasi a lett. 46 e 52, si leggono queste parole « Fines terrae per terminos reguntur; ne dissipentur, ab utroque quinque pedum loco teneatur. »

[4] L' Autore incerto *De limitibus; ap. Goth. I, 236 b, pr.*

[5] FRONTIN. *pag. 52, ed. Rig. (Goes. p. 39, med.)* « Materiae controversiarum sunt duae, finis, et locus » e *pag. seg.* « De rigore controversia est finitimae conditionis, quoties inter duos pluresve terminos ordinatos, sive quae alia signa, secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. De fine similis est controversia, nec dubium est quin supra de finis conditione dixerim. Nam et eadem lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine — De loco controversia est, quicquid excedit supra scriptam latitudinem. » *Leg. 3, 5, C. Th. fin. reg.*

[6] È lite fra RUDORFF e KARLOWA se la quistione *de loco* venisse trattata pur essa come un'azione *finium regundorum;* ovvero se ciò avesse luogo nella sola questione *de fine*, e quella *de loco* fosse trattata come *rei vindicatio.* Per la opinione che ho enunciato nel testo, e che è pur quella di Karlowa, sembrarmi conchiudere le parole dell' Autore incerto di cui not. 4. « Solent enim quidam per imprudentiam mensores, arbitros conscribere aut sortiri judices, finium regundorum causa, quando in re praesenti plus quidem, quam de finium regundorum agatur. Sic fit, ut possit jam irritum fieri et rescindi, quod aut judex aut arbiter pronunciaverat, aeque ullum commissum faciat qui sententiam non sit secutus, quando de alia re judicem aut arbitrium sumpserint. »

ammessa usucapione di que' confini presi per se ed isolatamente. Lo che viene da Aggeno attribuito alla l. Mamilia *loc. cit.*, dove dopo le surriferite parole prosegue « quod usucapi non potest. Non enim iter, qua ad alturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit » [7]. Per converso dell'altra lite dice Aggeno stesso *pag. 69* (Goes. pag. 53 e 54) « De loco si agitur... fere usu capiuntur loca quae biennio possessa fuerint ». Certo che in tale usucapione venivan compresi anco gli antichi confini: ma in forza della l. Mamilia doveansi allora costituire de' confini nuovi là dove giungeva il *locus* usucapito [8]. La ragione di questa prima differenza si collega probabilmente colla seconda. È questa descritta dagl' impp. orientali *dd. l. 3, l. 5, C. Th. fin. reg.* La questione *finis* o *finalis* veniva decisa per arbitrio di perito dato da' magistrati; della seconda dovea, secondo il recente ordine processuale, giudicare lo stesso Preside (add. not. 6). Nella questione, ordinariamente complicata, sul fissare il giusto posto de' cinque piedi sembrò più spedito il rimetterla per intero alla semplice arte e al tecnico giudizio degli agrimensori, esclusa ancora l'allegazione della usucapione — Premesse queste cose, veniamo alla costituzione di Valentiniano Teodosio ed Arcadio. Varie sentenze furono espresse da scrittori più antichi. Due di queste compariscono ancora fra i recenti; essendo le altre, come improbabili, cadute in obblio. La prima è di Gotofredo *ad l. 4, C. Th. fin. reg.*, che oggi è tenuta da Rudorff *Zeitschr. f. civ. u. Pr. XIII*, e da altri molti. Essere da Valentiniano giuniore equiparata la questione *loci* alla questione *finium*, così che ormai neppure in quella dovesse aver luogo usucapione o prescrizione. L'espressione « praescriptione submota » doversi intendere « submoto praecepto legum »; vale a dire, tolta la singolarità del legal precetto sulla questione di confine (che non vi si ammettesse usucapione), e reso questo diritto comune ad ambedue le questioni, cosic-

[7] Su questo ultimo inciso dovemmo parlare nel § 449.

[8] Qui spetta la specie della *l. 2, § 6, vers. sed si, pro emt.*, di cui parlammo § 205.

chè in ambedue « libera (senza opposizione di tempo del possesso) peragatur intentio. » Ma a questa opinione fa ostacolo, che in fine della *d. l. 4. C. Th.*, onde come vedemmo è presa la legge 5ª del codice giustinianeo, si parla di lite da definirsi per arbitri; lo chè è, e rimane, dritto tutto speciale della questione de' confini. Osta inoltre che in *d. l. 5, C. Th.* l' *observatio temporis* viene esclusa soltanto nella lite sullo spazio de' cinque piedi non nell' altra *de loco* — Pertanto sembra più vicina al vero l' altra opinione che fu di Guglielmo Goesio *ap. Goth. I, 240, seg.*, ed oggi è del Walter *§ 547* e di Karlowa *Beiträge zur Gesch. des röm. Civilproc. pag. 141-162;* che cioè nella nostra costituzione venga esteso alla *praescriptio* ciò che le antiche leggi aveano stabilito della *usucapio* sui cinque piedi finali; venga anche quella negata e *submota*. Ossia, con altre parole, che l' antiche leggi vi siano applicate ai fondi provinciali. Però è da osservare, che già prima della nostra costituzione troviamo stabilito da Valentiniano e Valente « Fines etiam, quos intemeratos asseverat, amota praescriptione temporis, hi, qui pervaserunt, ut ratio juris est, redhibere cogantur » *Consult. vet. Jurecons. IX, 4.* Per lo chè all' intera costituzione, come si trova nel Codice teodosiano, va data secondo il mio avviso la seguente interpretazione, nella quale mi permetto qua e là di allontanarmi da quella proposta dal Goesio. Si suppone nata controversia sul *modus* di fondi provinciali confinanti; tanto circa lo spazio finale de' cinque piedi (del quale ancora si questionava specialmente e separatamente per la circostanza che il reo convenuto lo aveva per avventura posseduto più lungamente del *locus)*, quanto circa il *locus* ossia altra parte de' fondi oltre il detto spazio. Intorno al primo il reo convenuto opponeva la prescrizione; non intorno al secondo appunto perchè avea per più lungo tempo possedato i *fines* che il *locum.* Gl'Imperatori decidono secondo il diritto già stabilito da Valentiniano e Valente, doversi rimuovere la eccezione di prescrizione dalla prima controversia; di modo che liberamente, senza tale opposizione, si trattasse nel caso proposto della intenzione dell' attore tanto sulla medesima controversia finale quanto su

l' altra *locorum*. Così nel primo periodo, che è il riportato nel Codice giustinianeo. Poscia seguono gl' Imperatori dicendo, che l' unica *praescriptio*, vale a dire l' unica *exceptio*, [9] che il reo convenuto possa opporre ad improbo ossia eccessivo petitore, è la verifica de' giusti confini, del limite incluso (tracciato intorno intorno) cogli antichi segni. Che non giova al reo medesimo l' opporre eccezione di tempo prolisso, benchè dicesse di aver più diligentemente coltivato quel pezzo di terreno, che per costituire originariamente que' confini era stato preso dal fondo dell' attore. Conchiudono, che tutta la controversia si deve finire per mezzo dell' arte dell' arbitro perito — Poco tempo dopo la nostra costituzione, Teodosio Arcadio ed Onorio in altra costituzione, riportata da Giustiniano nella *l. 6*, *C. fin. regund.* (togliendo ed aggiungendo all' originale, che abbiamo nella *d. l. 5*, *Cod. Theod. eod. tit.)*, modificarono ed ammisero pe' *fines* la prescrizione di trent'anni. Ed è per questo, che Giustiniano nel suo codice non riportò di quella prima, siccome vedemmo, che il periodo primiero e non gli altri periodi, ne' quali ogni temporal prescrizione vi era esclusa, e la definizione della questione era rimessa esclusivamente alla rettifica de' giusti confini ed al giudizio peritale.

§ 571.

Ci rimane a parlare d' un' ultima categoria di cose inusucapibili, che esprimerei nel modo seguente. Non è luogo ad usucapione nelle cose, delle quali la provenienza nella persona del possessore, benchè mediata ed indiretta, è alle leggi singolarmente odiosa; ossia nelle cose, che senza certi e definiti atti malvagi non si troverebbero presso il posses-

---

[9] Cf. § 569. Anche GOTOFREDO *pag. 237, med.* intende così in questo secondo periodo la parola « praescriptio ».

sore [1] — A questa categoria appartengono principalmente le cose *furtivae* e le cose *vi possessae*. Che le cose *furtivae* non possano essere usucapite, espongono Gajo *II, 45*, e Giusti-

[1] Fra le varie espressioni degli scrittori quella, che più somiglia alla mia, è la proposta da WINDSCHEID *§ 182:* Cose che sono state perdute (« abhanden gekommen ») dal proprietario in certe maniere. Riportandosi però non alla contemplazione della mediata provenienza nell' attual possessore, ma alla partenza dal proprietario, non si spiega la proibizione di usucapione sulla cosa alienata da chi la teneva in m. f. (§ 591); proibizione che pur Windscheid riduce al presente capo. Poichè la cosa poteva essere escita dalle mani del proprietario senza atto malizioso di alcuno. — In ispecie sulle *res furtivae* e sulle *vi possessae* l' espressioni degli scrittori sono estremamente varie. Molti vi riguardano una misura per punire i ladri, o per impedire i furti. DONELLO *V. 24 § 4* la relativa proibizione d' usucapione riporta all' odio de' ladri; LAUTERBACH *Pand. h. t. num. XX* scrive « si enim a furibus alienari et alienatae usucapi possent fenestra furtis non coercendis aperiretur latissima. » PUCHTA *Pand. § 158, not. i* invece afferma essere stata la proibizione dell' usuçapione fatta pel favore del proprietario. Finalmente SCHIRMER *pag. 122, segg.* tenta ridurre la proibizione al punto, che tali cose siano fuori di commercio: idea già accennata da PEREZ *Cod. VII, 26, n. 4.* « res quoque mobiles vitio furti affectae et immobiles vi possessae non usucapiuntur, quia istarum rerum non est commercium ». Egli dice, che una cosa tolta al padrone per furto o per violenza è con ciò stesso (« dadurch genau genommen ») totalmente portata fuori del commercio. Le singole disposizioni relative a tale proibizione vuol riportare a questa veduta. Così assegna la ragione, per cui le cose *vi ereptae* ma *non vi possessae* siano esenti dalla proibizione medesima; giacchè, dice, solo col prendere che faccia il malfattore possesso sul fondo lo trae immediatamente nella cerchia del suo male operare (« seines Vergehens ») e così la pone fuori del commercio *pag. 128. fi.* Pensiero, nel quale a dir vero non so trovare molta esattezza nè accordo col principio da esso stesso stabilito colle surriferite parole. Così anche egli cerca spiegare perchè le *res furtivae* tornino ad essere usucapibili solo che il padrone « vindicandae rei potestatem habuisset » (§ 585). Il padrone, egli dice, esprime in questo modo indiscutibilmente, che il possesso del ladro sia conforme alla sua volontà, che la sua volontà per lo meno non è contraria che il presente detentore segua a ritenere la cosa rubata; onde a dritto e ragione si può presumere, che l' antico rapporto patrimoniale sia sciolto col consenso del padrone, e un altro rapporto si allacci in luogo di quello *pag. 161, seg.* Ho tradotto fedelmente le parole di Schirmer, onde chi legge giudichi da se stesso se possano dirsi cotesti esatti concetti. Altri sforzi esso fa per ridurre alle sue vedute le teorie sul parto dell' ancella furtiva, *pag. 133, seg., 137, seg., ecc.*

niano *§ 2, I. h. t.* La proibizione fu indotta dalle leggi delle dodici tavole e si ritrova quindi nella legge Atinia.[2] A questa proibizione non fa ostacolo la *l. 34, h. t.* Alf. Varo « Si servus insciente domino rem peculiarem vendiderit: emtorem usucapere posse ». Senza correggere il testo leggendo « non insciente » contro l'autorità della fiorentina e de' basilici[3]; senza tradurre « l'insciente » per consapevole, come fa Cujacio *I, 1135, A.* servendosi per esempio delle parole di una legge Massimilia, traduzione ben poco confacente alla conosciuta nitidezza del linguaggio in Alfeno Varo; il testo si spiega facendo la specie d'un servo, che avesse la libera amministrazione del peculio, e che perciò poteva vendere senza l'attuale scienza ed assenso del padrone, *l. 14, pr. de a. vel. a. p., l. 15, § 3 de div. temp. praescr.*

§ 572.

È questione elegante, se possa usucapirsi il parto d'una ancella furtiva. Ulp. *l. 10, § 2, h. t.* riporta una disputa fra Marcello e Scevola su questo proposito. Un'ancella fu rubata: concepì quindi presso il ladro o l'erede di esso; poscia si sgravò presso lo stesso erede del ladro. L'erede medesimo

---

[2] Atinia, leggesi in tutti i manoscritti delle istituzioni e del digesto. In Teofilo *paraphr. ad d. § 2.* si trova « Ατίλιος νόμος » probabilmente per errore di amanuensi — L'età della legge è incerta; ma è positivamente anteriore a Cicerone, il quale ne parla *Verr. II, 1, 47.* Le parole che toccano direttamente la proibizione sono riferite da Gellio *N. A. XVII, 7.* « Legis veteris Atiniae verba sunt: Quod subreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto » (cf. § 554. n. 1). In quali rapporti questa legge si trovasse colle dodici tavole, è molto disputato. Cf. Unterholzner *I, pag. 198.*, Dirksen *XII. Tafelfragm. pag. 592*, Burchardi *Lehrb. II, pag. 430.* È probabile, che la condotta di essa legge fosse la seguente. Dopo aver ripetuto la proibizione delle leggi decemvirali, forse per andar di tempo rammollita (un esempio in Macrob. *3 Saturnal.*), passò a stabilire nuove analoghe disposizioni, qual'è quella che dette cose tornassero ad essere usucapibili se tornatè in poter de' padroni (§ 579, segg.).

[3] « ἐν ἀγνοίᾳ μου » *L. 3, 32, Heimb. V, p. 60.*

vendè il fanciullo; potrà esser questo usucapito dal compratore? Marcello avea negato, paragonando la presente questione alla questione della vacca che avesse partorito nelle stesse circostanze. Scevola lo riprese così « Scaevola autem scribit, se putare usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem; ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emtorem peperisset, usucapi poterat ». Ulpiano non decide esplicitamente. Cosa adunque deve ritenersi in quella specie? E cosa deve ritenersi in altre speci, p. e. se pur il concepimento avvenne presso il compratore di b. f.? Finalmente convien stabilire che debba pensarsi di quella regola di Scevola « nec enim esse partum rei furtivae partem »; la quale non manca di opposizioni, p. e. in Ulp. *l. 1, § 1, de inspic. ventr.* » partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum ». — Quel che è nel ventre benchè si trovi nell' involucro del seno materno, e pigli dal corpo materno la sostanza, è pur qualche cosa, è *in rerum natura* per valermi di un' espressione della *l. 26, de stat. homin.* Dunque può in genere considerarsi per se, non come parte della madre ossia delle viscere di essa. Lo che certamente non esclude che abbia anche un' ispezione come parte (cf. § 192); appunto in quanto stà così unito ai visceri della madre ed ivi ha dalla madre la vita. Ma per fermo perde questa seconda ispezione appena venga separato per mezzo del parto, rimanendo allora la sola ispezione prima. Pertanto stabiliamo: primo, in genere a quel che è nel ventre si applicano in dritto civile ora le regole che valgono sugli enti per se stanti ora quelle che han luogo sugli enti come parti d' un altro ente; come è più ragionevole nelle varie questioni. Secondo, avvenuta la separazione, si è nell' assoluto impero delle leggi riguardanti gli enti per sè considerati.

§ 573.

Questi principii mi sembrano adattissimi a spiegare molte questioni che si fanno in dritto romano sul parto. Troppo saremmo dedotti dal nostro trattato se volessimo singolarmente esaminarle per tutto il dritto de' contratti, dell' ere-

dità ecc. Basterà, per ispiegare la citata *l. 1, § 1, de inspic. ventr.*, indicare che Ulp. vi dice essere il parto una porzione della madre ossia de' visceri, come considerazione scelta dai senatusconsulti *de agnoscendis liberis:* per quindi conchiudere perchè questi senatusconsulti appartenessero al solo caso, in cui la donna dopo il divorzio denunci al marito d'essere incinta da lui; e non giovassero, anzi da per loro nuocessero al marito che ciò asserisse, dissimulando o anche negando la donna. Che poi i senatusconsulti scegliessero quella considerazione, credo esser la ragione, in quanto che essi provvidero ai casi ordinarii dei mariti che nulla curassero della donna dopo il divorzio: furono fatti per costringere i mariti a riconoscere la lor prole, stabilendo in essi tale obbligazione, e nelle donne il dritto rispettivo, *tit. ff. de agnosc. et alend. liber.* Al qual consiglio del Senato egregiamente conveniva il considerare il parto, prima che venga posto alla luce, siccome una parte della madre o de' suoi visceri. Poichè a questo modo sommamente si fissava il dritto nella femmina a tutelare ed a curare il riconoscimento, quasi difesa del proprio corpo.

§ 574.

Nella nostra questione se sia furtivo, e perciò non usucapibile, il parto dell' ancella furtiva, la regola secondo me è la seguente. Basta che il parto sia furtivo sotto l'una o sotto l'altra ispezione (o come parte o per se considerato), onde non possa essere usucapito. Poichè avendo le leggi delle dodici tavole e la legge Atinia ripetutamente e ricisamente proibito la usucapione delle cose furtive; giustamente parve, che dovesse escludersi dall'usucapione ciò che in qualsivoglia riguardo è furtivo. Quindi tre conseguenze. — Prima: Se il parto fu concepito presso il ladro, non è usucapibile; neppure se nasca presso lo acquirente di b. f. Così Giuliano *l. 26, de stat. homin.*, Diocl. Massim. *l. 12, C. de furt. et serv. corr.* Imperocchè fu furtivo mentre era nel ventre, sia che si riguardasse come parte della madre furtiva, sia che si considerasse per se. Appena concepito esso fu in fur-

tiva maniera contrettato, e come parte della madre, e come per se considerato; chè certo all' idea della contrettazione in questa seconda considerazione non può fare octacolo veruno il suo trovarsi involuto nel ventre. Al suo venire alla luce cessa, come dicemmo, la prima ispezione, e perciò sotto tale aspetto non sarebbe più furtivo; ma persevera evidentemente quella seconda, nella quale pur anche contrasse il vizio furtivo. Quindi non può essere usucapito. Ulp. *l. 48, § 5, de furt.* « Ancilla si subripiatur praegnans, vel apud furem concepit: partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem. » E combina col nostro ragionare quello di Giuliano *d. l. 26, de stat. hom.*, il quale produce la negata usucapione come esempio del principio « Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. » — Seconda conseguenza. Se il parto fu concepito appo il ladro o l' erede del ladro, e poi venne alla luce presso l' erede del ladro, non certo può essere usucapito da tale erede nè da chi anche in b. f. lo acquisti da esso. Quanto all' ipotesi della concezione presso il ladro, la cosa non ha difficoltà dopo quello che abbiamo esposto di sopra. Quanto all' ipotesi della concezione presso l' erede del ladro convien fare qualche altra riflessione. È ben vero, che il parto concepito presso l' erede del ladro, riguardato per se e non come parte delle viscere, non può dirsi che sia stato furtivo; in modo che sotto questo riguardo l' usucapione potrebbe correre su esso, dopo che, separato per la nascita dall' alvo materno, resta sotto quest' unica ispezione di ente separato. Ma all' usucapione osta un altro principio, cioè la estesa rappresentanza della persona del defunto negli eredi per il possesso (§ 558). Dal quale deriva, che niuna differenza possa assegnarsi fra il caso dell' ancella posseduta dal ladro e quello dell' ancella posseduta dall' erede del ladro; durar sembra la prima causa del possesso [1] e qualunque cosa ac-

---

[1] Qualche cosa di simile noteremo sulla *l. 2, § 14, pro emt.* nel caso dell' ancella rubata dal servo, e quindi data al padrone « in pactionem libertatis » (§ 577).

cada nell'ancella durante il possesso dell'erede, si deve giudicare collo stesso diritto come se fosse accaduto durante il possesso del ladro. Onde è chiaro, che l'altra circostanza dello essere il parto venuto alla luce presso l'erede del ladro rende più marcata la negazione d'usucapione in chi poi acquisti in b. f., di quello che nel primo caso trattato di sopra, ove la natività avvenne presso l'acquirente medesimo: appunto perchè la nascita presso l'erede del ladro equivale a nascita accaduta pur essa presso il ladro. Ulp. *l. 11, § 2, de public. in rem act.* « Sed heres furis hanc actionem (per chiedere il parto dell'ancilla furtiva) non habet: quia vitiorum defuncti successor est ». Paolo *l. 4, § 15, h. t.* « Heres, qui in jus defuncti succedit, licet apud eum, ignorantem ancillam furtivam esse, conceperit et pepererit, non tamen usucapiet ». — Dalle cose dette ne' due casi finora esposti risulta, che nella *l. 10, § 2, h. t.* la ragione era per Marcello che negava la usucapione [1]; che a torto lo riprendeva Scevola, e che l'argomento di questo non valeva per falso supposto da esso accennato in fine. La regola su cui ragiona Scevola, che cioè il parto non sia parte della madre, non è al certo falsa, ma fu in questa disputa esagerata e male applicata da esso. Esagerata; perchè non è poi assolutamente ed esclusivamente vera, e non sempre trova luogo nelle usucapioni del parto dell'ancella furtiva, come s'intende da quel che sopra esponemmo e apparirà anche meglio nel terzo caso che siamo per esporre. Male applicata; perchè anzi nella specie di *d. l. 10, § 2* l'usucapione sul parto concepito presso il ladro, o presso l'erede di questo, non poteva farsi per la ragione che non viene riguardato come parte ma per se; onde non può essere usucapito neppure se fosse messo in luce presso il possessore di b. f., come vedemmo esponendo il primo caso. — La terza conseguenza è la seguente: L'usucapione ha luogo se il parto fu concepito e nacque presso il possessore di b. f., ma principia soltanto dopo la nascita.

[1] Così ritiene Cuiacio *I. 1122.*

Dappoichè mentre era in ventre fu furtivo; non già considerato per se, appunto perchè sempre e fin dal concepimento era stato presso il possessore di b. f.; ma bensì nella considerazione come parte della madre. Quindi non potè essere usucapito, finchè potè durare questa seconda ispezione; può esserlo, appena la medesima finisce necessariamente, lo che avviene colla nascita.[3] I testi sono molti, *l. 11, § 2*,[4] *3*, (cf. § 536, fi.) *4, de publ. in rem act., l. 4, § 18, l. 33, pr. h. t., l. 9, l. 10, pro emt., l. 3, C. de usuc. pro emt.*

§ 575.

Qui bisogna osservare, che mentre nel secondo dei tre casi esposti nel paragr. preced. è eguale la causa del parto dell'ancella e del giovenco della vacca, e quanto alla esclusione dell'usucapione valgono le medesime ragioni; per converso essi si trovano in ben diversa posizione nel primo e nel terzo de'casi medesimi. Ciò per l'influenza dell'altra regola sui possessori di b. f., che facciano propri i frutti separati presso di loro; perchè, come è noto, mentre piacque che i parti dell' ancella non fossero nel frutto, ben sono frutti i giovenchi. Pertanto in questi due casi il possessore di b. f. farebbe propri i giovenchi medesimi, nè sarebbe luogo a parlare di usucapione; impossibile essendo che quel che è nostro, nostro divenga. Fa difficoltà il testo d'Ulp. *l. 48, § 5, de furt.* Dopo avere nel *vers. sed si concepit* ripetuto del terzo di que' casi quel che altri molti abbiam veduto stabilire, ossia l'ammissione dell'usucapione sul parto dell'ancella concepito e nato presso il possessore di b. f., Ulp. soggiunge « Idem et in pecudibus servandum est, et in foetu eorum, quod in partu ». Mentre per converso l'acquisto immediato, secondo la regola ricordata, viene confermato da Paolo *l. 48, § 2, de a. r. d., l. 4,*

---

[3] Alla usucapione del parto ancora costituito nel ventre non farebbe ostacolo la sua unione colla madre, semplicemente riguardata. Perchè i corpi uniti possono essere da per loro posseduti ed usucapiti (§ 191 segg.); nè qui avrebbe certamente luogo alcuna delle due limitazioni trattate § 196 segg.

[4] Sull'espressione « possessus non est » di questo frammento, vedi § 576.

§ 19, h. t. (ved. § 366), e dallo stesso Ulpiano nella stessa *l. 48, de furt.* e precisamente nel *§ 6* immediatamente seguente. Asteniamoci da non giustificati emendamenti, che sono stati tentati sul *d. § 5*, come è quello proposto da Cujacio e da Gotofredo *ad d. § 5*, nonchè da Donello *V, 26, 7*, di aggiungere una negazione « Non idem in pecudibus » [1]. Interpretazioni sono state date diverse. Recentemente il prof. De Gioannis *Archiv. giurid. XV, 2, 211*, sostiene, che o bisogna far buon viso alla correzione del Cujacio, o riferire assolutamente l'opposto periodo alla parte del responso immediatamente precedente « sed si concepit apud b. f. possessorem, ibique pepererit: eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit ». Ma, se io non erro, rimane intiera la difficoltà: come si possa in materia di giovenchi parlare di usucapione quando siano concepiti e nati appo il possessore di b. f.; mentre, onde costui li faccia propri, basta anche la sola nascita presso il medesimo. Secondo il mio parere è da osservare che Ulpiano in tutto il frammento riportato in *d. l. 48, de furtis* parla *ex professo* dell'*actio furti*; anzi di essa esclusivamente, tranne i due *§ 5, 6*. Poichè nel *§ 5* si occupa occasionalmente anche della usucapione; non trascurando però il principale trattato sulla detta *actio furti*, e notando che tale azione non si dà contro il possessore di b. f. presso il quale sia nato il parto dell'ancella; e ciò costantemente, ossia dovunque fosse stato il medesimo concepito. Dopo tale osservazione s'intende fluidamente, che l'opposto periodo « Idem et in pecudibus etc. » si deve interpretare scritto per quella questione principale del frammento, ritoccata in esso *§ 5*, ossia per un' estensione della negazione dell' *actio furti*. Ed appunto per evitare che quindi nascessero equivoci in vista del trattato delle usucapioni occasionalmente fatto, Ulpiano colla sua consueta diligenza avverte immediatamente nel *§ 6* sui feti delle bestie « Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertine-

---

[1] Non più solide sono le correzioni suggerite da HUSCHKE *Tüb. krit. Zeitschr. II, p. 211.*

bunt; merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numerantur in fructu ».

§ 576.

Ma torniamo al nostro discorso sulla usucapione del parto dell' ancella, e precisamente a ciò che dicevamo riguardo alla usucapione ammessa sul parto concepito e nato presso l' acquirente di b. f. Alla tesi, che pur vedemmo confermata dai testi, sul principiar della usucapione solo all' epoca della nascita, si trova obiezione nella *l. 44*, *§ 2*, *h. t.* Papin. « non ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit ». Dunque l' usucapione era principiata fin da quando il parto era in ventre, e per questo la sopravveniente m. f. non nuoce. Ma ritenendo appunto che l' usucapione non fosse principiata allora, e perciò riguardando quella come m. f. nel principio, Paolo si esprime nella *l. 4*, *§ 18*, *h. t.* « Si antequam pariat, alienam esse rescierit emtor: diximus non posse eum usucapere: quod si nescierit, posse: quod si, cum jam usucaperet, cognoverit alienam esse: initium usucapionis intueri debemus, sicut in emtis rebus placuit ». E Giuliano *l. 33*, *pr. eod.* « ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat ». Ottima mi sembra su questo proposito la riflessione di Cujacio *1*, *1114*, *D.* che cioè Papiniano parli di ancella non furtiva, ma semplicemente aliena [1]. Non v' è ragione perchè in tal caso non si ammetta l' usucapione per l' acquirente in b. f. mentre il parto è nel ventre, dappoichè esso non è in alcun senso furtivo. Torna ciò che dicemmo quando parlammo dell' usucapione de' corpi uniti, considerati da per loro (cf. § 574, n. 3). Però resta ad intendere come debbasi la prima parte del testo di Papiniano applicare alla esposta specie del

[1] Ciò può verificarsi nelle circostanze ricordate da Gaio *l. 36, h. t.*, *comm. II, 50*, e da Giustiniano *§ 6, I. h. t.* — Basta tener conto di ciò, che scrivemmo § 536, no. 1, per comprendere che niun ostacolo è formato dalla *l. 12, fi. C. de furt.*

parto da esso trattata in seguito. Papiniano comincia « Etsi possessionis, non contractus initium, quo ad usucapionem pertinet, inspici placet: nonnumquam tamen evenit, ut non initium praesentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quae bonam fidem habuit, inspiciamus ». Era proposito del giureconsulto indicare de' casi, ne quali è limitata la regola sulla necessità, per la usucapione, della buona fede al principio del presente (« praesentis ») possesso. Oltre l'esempio del parto, Papiniano dà anche quello del servo ritornato per postliminio. Dappoichè se, mentre il servo era presso i nemici, colui, che per lo innanzi lo possedeva ed usucapiva, abbia risaputo essere servo alieno; non sarà per questo impedito un principio di nuova usucapione allorchè il servo ritorni. L'esempio del parto nell'applicazione alla proposizione di Papiniano va inteso così. Anche nel caso del parto la *praesens possessio* dopo la nascita è diversa da quel possesso che cominciò mentre esso era nel ventre, quando fu in un colla madre consegnato. Allora era posseduto entro l'involucro del seno materno, ora lo è fuori di esso: il possesso distinto, sotto il punto di vista dell'esteriore apparenza, principia adesso. Nel qual senso Ulpiano *l. 11, § 2, de publ. in rem act.* si esprime del parto in ventre, che « possessus non est ». Questa è l'applicazione alla detta proposizione. Ma veramente e sostanzialmente l'usucapione ammessa nel caso del parto si riporta, come abbiam detto, alla regola sulla necessità della b. f. nel principio; perchè essa usucapione non cominciò colla *praesens possessio*, col possesso come adesso si trova nella sua nuova parvenza, ma col possesso più antico del tempo della gestazione. Stante che tal possesso antico si prestava all'usucapione del parto, il quale anche potevasi, benchè non visibilmente, considerare per se; quel possesso combinava sostanzialmente col presente [1].

[1] Una limitazione all'ammissione dell'usucapione sul parto dell'ancella furtiva, concepito e nato presso il possessore di b. f., segnalata da Pomp. *l. 4, pr. pro suo* pel caso in cui esso possessore, mentre usucapisce, non solo venga a risapere che la madre era furtiva, ma potendo non renda consapevole il padrone, è stata esposta § 535, seg.

§ 577.

Finalmente rapporto a questa indagine sul parto dell'ancella convien notare una specie d'acquisto fatto dell'ancella medesima, sul quale molto si disputò fra i giureconsulti, se usucapione potesse aver luogo sul parto benchè concepito e nato presso l'acquirente costituito in b. f. Il mio servo rubò un'ancella, e poscia me la diè *pro libertate sua*. Presso me, possessore di b. f., l'ancella concepì e partorì. Sabino e Cassio mi negavano l'usucapione sul parto « quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret » *l. 4, § 16, h. t.* Credo, che Sabino e Cassio supponessero che il servo la rubata ancella avesse messa fra le cose del peculio: ora nel caso dell'acquisto del servo per causa peculiare, il possesso che si finge nel padrone è tale quale naturalmente trovasi nel servo, e la m. f. di costui nuoce al padrone medesimo, (§ 246 n. 1). Diversa fu l'opinione di Giuliano *l. 9, l. 10, pro emt.*, che nella medesima specie ammise la condizione di usucapire. Poichè quel padrone è un quasi compratore della schiava, mentre per averla egli perde del proprio; e fra padrone e servo si fa una specie di compra vendita. [1] Per lo che tornano le regole sui successori singolari, che i parti concepiti e nati presso di loro possono usucapire anche se la madre era furtiva. Falsa poi era la ragione addotta da Sabino e da Cassio; perchè il possesso, preso dal servo anche per migliorare il peculio ma per mezzo di un maleficio e senza giusto titolo, non appartiene punto al padrone; come dimostra Giavoleno maestro di Giuliano nella *l. 24, de a. vel a. p.* (§ 248). Il raziocinio di Sabino e di Cassio sarebbe stato giusto se si fosse trattato di ancella non presa dal servo per furto ma per compra fatta in m. f., *l. 2, § 14, pro emt.* (cf. d. § 248). Certo che i compilatori riportando nelle pandette le dette due *ll. 9, 10, h. t.*, che sono esclusivamente scritte sulla presente controversia, mostrano che la sentenza di Giuliano è la rice-

[1] Cf. *l. 9, C. de condict. ob caus. dator.*

vuta. Fa qualche difficoltà il trovare nel *d.* § *16*, *leg.* *4*, *h. t.* che Paolo dopo aver riportato l'altra opinione di Sabino e Cassio, soggiunga « et hoc verum est ». Ma è da avvertire, che Paolo nel *seg.* § *17* afferma che altrettanto deve dirsi (« Sed et si etc. ») anche se l'ancella furtiva non dal servo ma da un estraneo fosse stata data al padrone onde manomettesse il servo; anzi anche se alcuno la furtiva ancella abbia preso per titolo di permuta, di dazione *in solutum*, di donazione. Nelle quali ipotesi, trattandosi di acquirenti che sotto niuno aspetto aveano certamente posseduto l'ancella anteriormente, essi potranno senza dubbio usucapire il parto concepito e nato presso di loro. Paolo approva nel § *16*, anzi estende nel § *17*, l'opinione di Sabino e di Cassio secondo una limitazione da esso espressamente e contestualmente soggiunta nel § *18*; cioè purchè l'acquirente (che nella nostra disputa è il padrone) prima del parto venisse a conoscere che l'ancella era altrui e perciò fosse in m. f. all'epoca del parto che avrebbe dovuto essere principio dell'usucapione. Non nego, che Paolo nel § *16* riporta la ragione di Sabino e di Cassio che, come vedemmo, importava ben maggior conseguenza. Ma Paolo, parco di parole, la emenda abbastanza col restringer la sentenza di que' due altri giureconsulti ad un punto nel quale la ragione medesima non valeva. Con quella espressione « et hoc verum est » Paolo non approvava tutto il tenore del discorso di Sabino e Cassio; ma la conchiusione fatta dai medesimi era da lui colle debite limitazioni consentita.

§ 578.

Ora alle cose *vi possessae*. Posta la sentenza, che abbiamo veduta prevalente (§ 332), sulla esclusione dei fondi dal concetto del furto, non bastavano per i medesimi le provvidenze delle leggi decemvirali e della legge Atinia. Fu provvisto al caso dei fondi dalla *lex Julia et Plautia*, come si esprimono Giuliano *l. 33*, § *2*, *h. t.*, Gaio *II*, *45.*, Giustiniano § *2*, *I. h. t.*

È riconosciuto, che due fossero le leggi; la *Plautia*[1] fatta precedentemente nella seconda metà del secolo VI; e la *Giulia*, probabilmente la *lex Julia de vi publica seu privata*, datata ordinariamente dagli scrittori circa la metà del secolo VII. È rimarcabile come Teofilo *paraphr. ad § 2, I.* si esprima « τῶν δέ *vi possessorum*· ὁ Ἰούλιος καὶ ὁ Πλαύτιος (νόμος) » ripetuto l'articolo ὁ. Per l'analogia delle disposizioni si enunciano come se fossero parte d'una stessa legge; cosa non nuova.[2] Pertanto da queste leggi risultò l'inusucapibilità delle cose *vi possessae, dd. loc.*[3] — Non basta, che sia avvenuta la dejezione da un fondo onde questo sia inusucapibile, ma bisogna che anche fosse stato *vi possessum*, *l. 4, § 22* (§ 44), *d. l. 33, § 2, h. t.*; chiare essendo le parole della legge Giulia e Plauzia. Nè questo riferire la spiegazione di questi due frammenti alla letterale espressione della legge, è un procedere contrario alla romana giurisprudenza, come crederebbe Schirmer *pag. 128:* mentre se non è punto consono a questa lo attenersi alle parole, allorquando lo spirito delle leggi od anche la pubblica utilità tenda ad estendere; lo è pienamente, quando lo estender le parole nè sicuramente è uniforme allo spirito suddetto, nè è punto desiderato dalla utilità comune. La legge Giulia e Plauzia prese le sue determinazioni su cose, sulle quali fosse stato commesso il mal fatto del discacciare

---

[1] O, come dicono CELIO nella *epist. ad Cicer.* e CICERONE *in Milon.*, *Plotia*. Nota varietà nel linguaggio degli antichi, che dicevano anche *Clodius, clostrum* etc.

[2] Un esempio notai nel mio *Dritto d' accrescere pag. 154* sulla legge Papia Poppea.

[3] Se una cosa mobile fosse stata presa a forza, la proibizione della usucapione era già compresa in quella antica sulle cose furtive; imperocchè le cose mobili rapite sono anche *furtivae, l. 10, § 1, de cond. furt.*, *l. 2, § 26, de vi bon. rapt.*, *pr. I. de vi bon. rapt.* È così spiegherei *Gaj. II, 49* « ..furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse ». Accenna anche a tale spiegazione SCHIRMER *pag. 125, n. 72.* Mi par meglio dir così, che o supporre con UNTERHOLZNER *pag. 196* che nel manoscritto di Gajo manchi qualche parola sfuggita all' amanuense, o invocare collo SCHRADER *ad § 3, I. h. t.* l'analogia delle *leges de vi* colle disposizioni decemvirali.

altrui e poi godere, possedendo, il frutto della usata violenza; che certamente è più grave che lo scacciare soltanto. Nè sembrò utile lo estendere le disposizioni, restringendo troppo il campo delle usucapioni, fine delle inquietezze e delle liti, campo che invece i giureconsulti aveano tanto ingegnosamente cercato in più punti di slargare.

§ 579.

Vediamo come si purghi il vizio delle cose *furtivae* o *vi possessae*, così che possano di nuovo essere usucapite. Il vizio furtivo cessa se la cosa « in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur » come sancì e si espresse la l. Atinia, *l. 4, § 6, h. t.* Espressione, che in vista della pluralità de' casi, e sopra tutto della somma importanza del dritto di dominio, fu prontamente e fermamente interpretata, che « in domini potestatem debeat reverti »: testimonio Paolo *d. l. 4, § 6.*[1] Tanto che Paolo stesso nella *l. 215, de V. S.* il « venire in domini potestatem » lo attribuisce alla legge Atinia direttamente. Le leggi *de vi* espressero sulle cose *vi possessae* questa purgazione di vizio nel modo, in cui la detta interpretazione avea inteso l'espressioni della l. Atinia, *l. 6, de vi bonor. raptor.* « Quod vi possessum, raptumve sit, antequam in potestatem domini, heredisve ejus pervenit, usucapi lex vetat »[2] — Pertanto la massima generale si è, che il vizio delle cose *furtivae* e delle cose *vi possessae* è purgato col ritornare delle medesime nel potere, nella cerchia d'azione del proprietario. Questo ritorno dev'essere pieno e perfetto. — Quindi si richiede in primo luogo, che non avvenga in modo che la cosa

---

[1] Add. *l. 10, l. 12, C. de furt., l. 7, C. de usuc. pro emt., § 8, I. h. t.*

[2] Add. *l. 33, § 2, h. t., l. 5, l. 6, de usuc. pro emt., § 8, I. h. t.* Non fa alcuna meraviglia, che la *lex Iulia repetundarum* nel parlar della purgazione del vizio di cosa donata al proconsole o al pretore (§ 591) ritornasse alla primitiva espressione della l. Atinia, e dicesse che non si potesse usucapire « priusquam in potestatem ejus, a quo profecta res sit, heredisve ejus veniat » *l. 8, § 1, de l. Iul. repet.* Erano espressioni, che per confermata intelligenza venivan prese indistintamente.

possa essere al proprietario ritolta, Paol. *l. 4*, *§ 12*, *26*, *h. t.* Ed a questo punto va riferito il passo di Giavoleno *l. 22*, *de a. vel. a. p.* « Non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit » [1].

§ 580.

Si richiede inoltre, che la cosa ritorni al potere del padrone sciente; ossia informato e della furtiva sottrazione o violenza accaduta sulla cosa, e del presente ritornar di questa in suo potere. Credo, che ciò sia stato stabilito anche perchè « contra statui, captiosum erit ». Cioè in vista delle frequenti frodi, per cui ladri e rapitori, onde poter vendere a persone costituite in b. f. e metterle in condizione di usucapire (lo che era pure ad essi giovevolissimo per isfuggire alle azioni d'evizione, cf. il mio lib. *De oblig. pag. 111 seg.* e specialmente le tavole di Transilvania ivi citate *not. b*), cercavano di far passare la cosa nel potere del padrone a sua insaputa. Per esempio la davano per un loro debito a pegno al padrone che non la riconoscesse per propria, e poscia, ripigliandola dal medesimo col pagare quel debito, la vendevano. Questo punto è così espresso da Trifonino *l. 86*, *de furt.* « Si ad dominum ignorantem pervenerit res furtiva, vel vi possessa: non videtur in potestatem domini reversa ». Perciò anche Paolo *l. 4, § 12*, *h. t.* « si ignorans rem mihi subreptam emam: non videri in potestatem meam reversam ». E Giuliano, diretta precisamente l'attenzione alla specie da noi recata ad esempio, nella *l. 7*, *§ 7*, *pro emt.* dice « Furtiva res non intelligitur rediisse in domini potestatem, quamvis possideret eam: si modo ignoraverit surreptam sibi esse. Si igitur servum, qui tibi surreptus erat, ignoranti tibi tuum esse, pignori dedero; et soluta pecunia eum Titio vendidero: Titius usucapere non poterit » — A questo punto medesimo credo che debbasi ridurre il testo spesso malinteso di Nerazio *l. 41*, *h. t.* « Si rem surreptam

[1] Sagace osservazione di SAVIGNY *pag. 305*.

mihi procurator meus apprehendit, quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos, jam fere conveniat: nihilo magis eam in potestatem meam rediisse, usuque capi posse existimandum est: quia contra statui captiosum erit ». A me fu rubata una cosa: quindi io stesso do commissione al mio procuratore di prender possesso della cosa stessa, non riconoscendola per mia e a me rubata. Quantunque all' età di Nerazio cominciasse ad esser pacifico fra giureconsulti, che per mezzo di procuratore si acquistasse il possesso (§ 258), e quantunque ordinariamente il « reverti in potestatem domini » accada col ritorno della cosa al possesso del padrone (inf. not. 1); pure la ripresa di possesso, che io farò a questo modo, non gioverà a purgare il vizio. Appunto perchè accaduta senza mia scienza del furto; e qui spiega maggior forza la ragione delle frodi sopra enunciata, mentre più agevolmente che collo stesso padrone, il ladro avrebbe compiuto i suoi disegni trattando la « reversio » con un procuratore, del quale era più sperabile che non riconoscesse la cosa. Onde Nerazio questa ragione esprime in fine del frammento [1].

---

[1] SCHIRMER *pag. 154, seg.* intende il testo d' un procuratore generale (in che converrebbe anche la Glossa), e pone la ragione della decisione in ciò, che per mezzo di tali procuratori possesso non si acquista (cf. § 260). Giacchè esso, dopo aver definito *p. 152,* che la « reversio in potestatem » non è che il ritorno al possesso, aveva fissato in *d. p. 154* la massima, che, tolta la cosa al padrone, se un terzo la ripigli in nome di esso, allora il vizio è purgato quando a questo modo il possesso si riacquisti al padrone. — Prima di tutto notiamo, che quantunque per ordinario la « reversio in potestatem » coincida colla ripresa del possesso (*l. 10, l. 12, C. de furt.*) non però è da confondersi assolutamente colla medesima. Vedemmo casi ne' quali la ripresa del possesso non basta per la purgazione del vizio, ed altri vedremo ancora. Come vedremo casi, ne' quali avviene la « reversio in potestatem » senza vera ripresa di possesso (§ 584 sulla *l. 4, § 10, h. t.*). Ragionevolmente è scritto nella GLOSSA in *l. 4, § 12, h. t.* « Et nota, quandoque redit in possessionem non tamen in potestatem, ut etc., quandoque non redit in possessionem et tamen redit in potestatem. » Che se la ripresa del possesso non basta per la purgazione del vizio quando il padrone, ignorando il furto avvenuto, ripigli la cosa da se *dd. l. 4, § 12, h. t., l. 7, § 7, pro emt., l. 86, de furt.;* non s' intende come debba ba-

§ 581.

Però al principio, che la scienza del padrone, siccome l'abbiamo descritta, fosse necessaria per la purgazione del vizio, furono secondo il costume apposte delle eccezioni; agevolando così, quanto si potesse, le usucapioni. Primieramente fu ricevuto, che se un servo all'insaputa del padrone avesse sottratto una cosa di questo, e quindi pentitosi la riponesse al suo posto, parimenti ignorante il padrone, il vizio fosse purgato *l. 4*, *§ 8*, *h. t.* [1] Questo deve riportarsi, come credo, allo essere stato eccezionalmente ricevuto, che, sottratte le cose al padrone dal servo, il possesso civile non fosse al medesimo padrone perduto (§ 307). Non sembrò, nè era, illogico, che un furto, il quale era stato pel padrone di meno gravi conseguenze, più facilmente venisse corretto; vale a dire appena fossero cancellati i vestigi tutti di esso collo essere le cose rimesse all'antico lor posto. Però questa eccezione fu fatta con criterio, con ragionevole e saggia limitazione: cioè purchè il padrone, quando a sua insaputa si riporta dal servo al posto la cosa rubata, non avesse già avuto notizia del furto precedente. Se lo avesse risaputo; allora entrata così la faccenda nel pensiero, nella cura, nella disposizione del padrone, a questo conveniva lasciarla liberamente e per intero; nè la rimessa al posto antico, fatta nella sua ignoranza, aveva più una soddisfacente importanza. Così sono interpretate tutte le parole di *d. l. 4*, *§ 8*. « Ideoque et si

---

stare, se in simile stato di sua ignoranza la ripigli altra persona in nome suo; dove anzi la ragione dello evitar le frodi è più forte. Inoltre chi non voglia ricorrere a forzate interpretazioni facilmente intende, che, nel senso di Schirmer, il giureconsulto non avrebbe dovuto porre come ragion di dubitare l'acquisto normale del possesso per mezzo di procuratore, ma come ragion di decidere il non acquisto nella fatti specie di procurator generale.

[1] Non se il servo cominci a possedere a nome del peculio quella medesima cosa, che prima non era appartenuta ad esso peculio. Perchè non si può dire, che « ita habere coeperimus, quemadmodum habuimus, antequam subriperetur » *d. l. 4*, *§ 9*.

servus meus rem mihi subripuerit, deinde eamdem loco suo reponat, poterit usucapi; quasi in potestatem meam redierit; utique si nescii: nam si scivi exigimus, ut rediisse sciam in meam potestatem ».

§ 582.

Volgiamoci ad una molto agitata questione. Sottratta la cosa ad alcuno, che la teneva come rappresentante del padrone senza che avesse di fronte ad esso padrone dritto di goderla o di ritenerla; se e come possa purgarsi il vizio colla restituzione fatta al rappresentante medesimo. Sogliono rispondere, che con tale restituzione il vizio è purgato, anche se essa avvenga senza la scienza del padrone; solo che se costui ebbe notizia della sottrazione accaduta, deve aver anche notizia della ricuperazione [1]. Questa opinione viene basata principalmente sulle disposizioni della *d. l. 4*, *§ 7*, *8*, *10*. *h. t.*, della *l. 41*, *eod.*, e della *l. 56*, *§ 2*, *de furt.* Se non che del *§ 8*, *leg. 4*, e della *l. 41*, già abbiamo veduto, che non trattano della cosa sottratta al rappresentante, ma al padrone medesimo [2]. La esposizione dettagliata che or ora faremo

---

[1] Così DONELLO *V. c. 28, § 12.*, ARNDTS *§ 162, n. 3*, SCHIRMER *pag. 156.* ed altri. Lo Schirmer vuol spiegata la cosa colla sua solita teoria che la « reversio in potestatem » si ritrovi dove esiste il ritorno nel padrone. Una volta, esso dice, che la volontà di possedere fu nel padrone pienamente distrutta colla coscienza di estranea dominazione, il possesso non può rincominciare, quand'anche del resto si prestino a ciò le condizioni di fatto, prima che siasi di nuovo ravvivata la convinzione della ritornata soggezione della cosa presso il derubato. Come se per la perdita del possesso sulle cose anche mobili si richiedesse la coscienza di dominazione altrui.

[2] Della *l. 41* lo riconosce SCHIRMER *p. 154*, mentre quanto al *§ 8*, *leg. 4* lo vuol tenere nella questione presente. L'« Ideoque » con cui il *d. § 8* è unito col precedente *§ 7*, nel quale in verità è trattata la detta presente questione, non importa che dunque anche esso spetti precisamente a questa. Chiunque è familiare col discorrere de' nostri giureconsulti, conosce, che per tali unioni di decisioni bastava qualche prossima idea comune; e tale idea comune era la purgazione del vizio all'insaputa del padrone, che avea luogo nel caso del *§ 8*, come in quello del *§ 7*, ma in questioni differenti.

degli altri frammenti mostrerà, io credo, come spettino bensì alla nostra quistione, ma non conchiudano punto per la comune opinione — È mio avviso, che nella risoluzione presa dagli autori del dritto nella quistione presente esista una seconda [3] e più larga eccezione alla massima suddescritta della necessità della scienza nel padrone. Credo ricevuto, che se altri possedeva per il padrone in modo che questo fosse in piena facoltà di ripigliarsi la cosa ad ogni suo volere (p. e. si trattasse d' un servo, o d' un depositario), e la cosa mentre era in tale stato venne rubata; possa purgarsi il vizio col ritornar della cosa nel preciso stato e condizione di prima, per opera di quello stesso rappresentante sciente ed informato di tutto. Purchè però il padrone nel mezzo tempo non abbia con sicurezza mostrato volontà ed abbia preso positivamente la decisione, che la cosa non più abbia a ritrovarsi presso quel rappresentante. Questa disposizione è dovuta al cooperare di tre gravi circostanze: il ritornare della cosa nella identica material posizione in cui era prima del furto; lo esser questa posizione tale da offrire al padrone facoltà di riprendere in sue mani la cosa ad ogni placito; ed il trovarcisi per l' opera illuminata di quell' istessa persona, che a ritener la cosa era stata destinata dal padrone con una volontà di cui poscia non ha mostrato pentimento [4]. Pertanto in questi aggiunti credo del tutto indifferente, che il padrone sapesse od ignorasse il furto: onde anche se lo abbia risaputo, sempre purgazione avverrebbe col ritornar della cosa presso il rappresentante senza sua cognizione. E ben si può segnare la differenza fra il caso che adesso stiamo esponendo e l' altra eccezione che sopra spiegammo sul *§ 8, leg. 4, h. t.* In questo *§ 8* la scienza del furto nel padrone impediva, che il vizio fosse emendato ritornando la cosa al suo posto all' insaputa di esso padrone per opera dello stesso

---

[3] La prima eccezione fu esposta da noi nel paragr. preced.

[4] In questa cooperazione è il caso presente distinto da quelli dichiarati nel § 580, nè quali, trovandosi solo alcuna delle divisate circostanze, la purgazione è esclusa.

servo ladro, che non era stato mai scelto dal padrone a suo rappresentante. Perchè, poste tali circostanze, in quella scienza non si può veder altro, che lo entrare della faccenda ne' pensieri e perciò nelle determinazioni del proprietario, alle quali oggimai conviene lasciarla intieramente, come esposi § 581. Certo non si può dalla medesima scienza dedurre, che dunque il padrone accetti, per il ritorno della cosa in suo potere, l'opera di quel servo. Ma nel caso nostro ove la cosa fu sottratta mentre era presso il rappresentante, lo avere il padrone risaputo il furto, e non ostante non aver espresso il suo pentimento di avere quel rappresentante, al quale [5] o anche dal quale [6] la cosa fu sottratta, piglia con ciò stesso un carattere assai diverso, ed aiuta invece, come vedemmo, a formar la base su cui si fonda la eccezione della quale ci occupiamo. Sottili considerazioni sono queste; nè possono essere ovvie, chè altrimenti Labeone non sarebbe stato tratto in inganno, nè fatta avrebbe una confusione corretta da Paolo, come vedremo.

§ 583.

Deduco la eccezione formulata nel paragr. preced. dalle *l. 4, § 7, § 10, h. t., l. 56, § 2, de furt.* — Il *§ 7 leg. 4*, che non a torto è noverato fra i più difficili frammenti, va secondo me così interpretato. Il mio servo teneva una cosa nel suo peculio: è uno, che per volontà del padrone ritiene la cosa così, che questo possa ad ogni suo volere ritrarla nelle proprie mani. Fu la cosa sottratta al servo da un ladro. Si domanda se la cosa possa sembrare ritornata in potestà del padrone, allorquando in seguito essa fu ripresa dal servo nel peculio ignorando il padrone medesimo. Poichè la cosa torna

[5] Caso della *l. 4, § 7,* e della *l. 56, § 2, de furt.,* che spettano a questo punto, e che saranno spiegate fra poco.

[6] Caso della *d. l. 4, § 10,* che, parimenti spettante al presente articolo, verrà spiegata fra poco.

allo stato primiero, e vi torna per opera di quella persona che fin dal tempo del furto era istromento pieghevolissimo del civile padronal possesso; in genere convien affermare. Ed infatti così stabilisce anche Giuliano *d. l. 56, § 2.* « Si res peculiaris subrepta in potestatem servi redierit: solvitur furti vitium, et incipit hoc casu in peculio esse, et a domino possideri ». Però convien ricordare, che le cose vengono tolte dai peculii con un mero atto della volontà de' padroni, *l. 8. fi. de pecul.* Quindi se nel caso il padrone, nel tempo intermedio fra il furto e la ripresa, manifestò il suo volere che la cosa non fosse più nel peculio, il vizio non sarà emendato col ritorno della cosa in peculio; siamo in ipotesi da dover limitare la nostra eccezione siccome esponemmo nel paragr. precedente, la restituzione non è tale da soddisfare idoneamente e pienamente. Ma ripeto, se il padrone in quell'intervallo non dimostrò simile volontà, e perseverò a volere la cosa in peculio, efficace per emendare il vizio furtivo sarà la restituzione in peculio fatta per opera del servo. Ora ecco come deve intendersi la locuzione, certo non molto perspicua, del *d. § 7.* Labeone diceva, che se una cosa fu sottratta dal peculio del servo, il padrone lo abbia ignorato, e quindi il servo l'abbia ripresa, sembri essa cosa ritornare nella potestà del padrone; diceva quello stesso, che oggi sogliono dire i nostri scrittori (paragr. preced.) « Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei subrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit: videri in potestatem meam rediisse ». Ma Paolo nota non doversi la cosa decidere sul dato della scienza o dell'ignoranza del padrone quanto al furto accaduto. Mentre la restituzione in peculio fatta per opera del servo può bastare per purgare il vizio anche se il padrone ha risaputo il furto « Commodius dicitur, etiam si sciero, redisse eam in meam potestatem »; come viceversa anche se il padrone abbia ignorato il furto avvenuto, può talvolta non bastare la restituzione medesima « Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit, ignorante me servus apprehendat », perchè la purgazione avviene soltanto se il padrone nel tempo intermedio volle, perseverò nel volere la cosa in peculio « si modo (cioè *sed tantum si*) in peculio

eam esse volui: nam si nolui, tunc exigendum est, ut facultatem ejus nactus sim » [1].

---

[1] Non più della correzione suggerita da HUSCHKE *Zeitschr. f. civ. und Process. II, pag. 137, segg.* (che nel *vers. Nec enim* vorrebbe l « officit » in luogo di « sufficit ») mi sembra felice l'idea di que' sc non pochi, i quali credono che Paolo non corregga ma aggiunga u definizione a quella di Labeone, sostenendo purgato il vizio anch padrone seppe del furto, purchè in tal caso sappia anche del ritorn feriscono il « si sciero » del *vers. Commodius* a tal doppia scienza. M sta spiegazione non va d'accordo col « *subrepta sit* ignorante me » riodo antecedente, a cui il seguente *vers. Commodius* si riferisce e esso immediatamente si collega in unità di trattato: la considerazion varianti ipotesi or della ignoranza or della scienza è rivolta al sol del furto. Nè con essa si comprende perchè Giuliano *d. l. 56, § 2,* proclami lo scioglimento del vizio senza avere alcun riguardo o far alcuna, quanto alla scienza o ignoranza del padrone o sul furto o torno. — Lo SCHIRMER, che è uno di questi scrittori *pag. 157, seg.,* di ridurre questo *§ 7* alla sua teoria del ritorno in potestà ammesso ci sia ritorno al possesso del padrone. Benchè osti nella fatti specie paragr. anche la considerazione, che al padrone si acquista il possess cose peculiari senza il suo sapere (§ 245), onde non si comprende, rit questa teoria di Schirmer, perchè mai Paolo secondo esso Schirmer altri suoi compagni d'interpretazione, avrebbe a richiedere la scien padrone sul ritorno nel caso della sua scienza sul furto. Schirmer ri *pag. 158, seg.,* che il padrone non acquista possesso neppure per ca culiare quando esso creda che il suo servo non possegga una cosa. limitazione alla ricordata regola sull'acquisto del possesso di cose pe come manca di testi (che ben altra è l'importanza di quel detto nel *§ 5, de a. vel a. p.* « nostra voluntate intelliguntur possidere, qui i culium habere permiserimus, § 246), così manca pur di ragioni. Co porta, che il padrone ignori del tutto o che sbagli credendo che il non possegga, mentre è sempre eguale il difetto di sua presente v di possedere? Nè è pur giusto il conchiudere dal trattarsi di cosa sul peculio del servo, e dallo esser ciò pervenuto a notizia del padro dunque il padrone stesso all'epoca posteriore, in che la cosa ritor peculio, debba seguitare a credere che il servo tuttora non la pos Come in tutti gli acquisti di cose *ex causa peculii* lo avere per avv saputo il padrone in un'epoca antecedente, che le cose stesse non er peculio, non porta che debba credere altrettanto nel tempo degli ac Ha saputo, che la cosa partì per furto dal peculio; poi altro non ha s nè ha formato altro giudizio in proposito: ecco la semplice verità de

§ 584.

Il *§ 10, leg. 4, h. t.* tratta il caso di un depositario, il quale *lucrifaciendi causa* vendette la cosa deposta, quindi pentitosi la ricomprò e la riebbe *eodem statu*. Labeone, guidato dall'autorità di Proculo, qui rispose esattamente, che, « sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse », e Paolo approva. Tornano tutti gli estremi, segnati § 582, per la eccezione della quale disputiamo. Il rappresentante, che per volontà del padrone riteneva a piena disposizione di questo; il ritorno, che dopo il furto fa la cosa alla stessa posizione per opera della medesima persona, senza che nel mezzo tempo ci sia espressione di volontà del padrone di non volerla più nel rapporto antico colla sua cosa. Quindi l'approvazione del ritorno *in potestatem* del padrone nella piena indifferenza sulla sua ignoranza o scienza dell'avvenuto [1].

§ 585.

Altre avvertenze sono a fare in questo punto sulla « reversio in potestatem ». Il reale ritorno nella cerchia della libera azione del proprietario (che per lo più è il riacquisto del possesso, § 580) può esser supplito da equipollenti. Così se il padrone abbia dopo il furto o la violenza venduto la cosa al ladro o al predone, e la cosa si abbia per consegnata, *l. 32, pr. h. t.*, *l. 84, de furt.*; ovvero (lo che è prossimo alla vendita)

---

[1] Gli autori della comune opinione, che noi non abbiamo seguito, ristringono la piena ed assoluta indifferenza sulla ignoranza o scienza, espressa nel testo « sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint »: quasi che secondo il giureconsulto sia solo indifferente o la ignoranza di ambedue gli avvenimenti, furto e ritorno della cosa, o la scienza parimenti di ambedue insieme. — Notiamo su questo *§ 10* il ritorno *in potestatem* senza riacquisto di possesso; come bene osserva la Glossa « hic ergo non incipit dominus possidere ». Poichè perduto che ebbe il padrone il possesso allorchè il depositario vendette la cosa (§ 323); esso non lo riacquista, quando il depositario in seguito senza suo mandato la ricompra, poichè esso depositario in tale operazione non è che un *negotiorum gestor* (§ 274).

se il padrone prese dal medesimo la *litis aestimatio*, *l. 4*, *h. t.*, *d. l. 81*, *de furt.* Com'anche se il ladro o predone segnì la cosa ad un altro per espressa volontà del pad *d. l. 4*, *§ 14*. — Anzi se si tratti di cose d'un pupillo o furioso la « reversio in potestatem » si ha per avvenuta solo se vengano riportate nella casa del pupillo o del fu colla scienza del tutore solo o del curatore, *l. 4*, *§ 11*, *h. t.* anche se vengano riposte in potere di esso tutore o cura e non punto in quello del pupillo o furioso, *l. 56*, *§ 4*, *de* Un'eccezione consona al dritto e alla equità è nella *l. 7*, *pro emt.* pel caso che lo stesso tutore avesse rubato. — I mente è ricevuto, che se il padrone ebbe *rei vindicandae po tem*, sia così supplito al ritorno, *l. 215*, *de V. S.* (cf. § 571,

§ 586.

Adesso veniamo a sciogliere la questione tanto disc se si purga il vizio della cosa *furtiva* o *vi possessa*, tolta a non padrone che la teneva col dritto di goderla o di ritene fronte al padrone [1], col susseguente ritornare della mede nel potere non già del padrone ma dello stesso non pad a cui fu tolta. Nella non poca difficoltà dei testi, che controversia si riferiscono, immensa è la varietà delle nioni de' più antichi e degli odierni scrittori. Opera tr lunga, e forse pe' lettori troppo tediosa, sarebbe il ripor e lo esaminarle alla spicciolata; accennerò solo in occas de' testi più scabrosi ad alcuna più adottata, o per se più ri chevole [2]. La difficoltà sorge da un'apparente contradiz

---

[1] Così non spetta la quistione al caso, in cui la cosa fu tolta a non padrone, che la tenesse senza dritto di usare o di ritenere dirim al proprietario, ma a piena disposizione del medesimo. Nel qual c ritorno allo stesso non padrone o è del tutto invalido per la purga o è riguardato come ritorno *in potestatem* dello stesso padrone, secon cose dette § 582, segg.

[2] Chi desideri più precisa cognizione delle cennate opinioni CUJACIO *V*, *730*, *seg.*, DONELLO *V*, *c. 28*, VOËT *ad h. tit. num. 14*, MÜ BRUCH *§ 261*, *n. 14*, UNTERHOLZNER *§ 68*, PUCHTA *§ 158*, VANGERO *§ 317*, ARNDTS *§ 162*, *n. 3*, WINDSCHEID *§ 182*, *n. 10*, SCHIRMER *p. 166*

di più frammenti, che ora sembrano proclamare l'assoluta necessità del ritorno al padrone, ora invece ammettono la purgazione col ritorno al non padrone cui la cosa fu tolta, ed anche sembrano escludere la purgazione col ritorno al padrone. La necessità del ritorno al padrone trovasi esplicitamente stabilita da Paolo *l. 4*, *§ 6*, *h. t.* « Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus, cui subrepta est, revertatur: sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti: non in ejus utique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet ». Onde il medesimo giureconsulto scrive sull'autorità di Cassio nella stessa *l. 4*, *§ 21*, che se al creditore venga il pegno sottratto dallo stesso debitore proprietario, nel medesimo furto si ritrovi anche il ***pervenire in potestatem domini***, coincidano vizio e purgazione, la cosa sia sempre usucapibile « Si rem pignori datam debitor subripuerit, et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit: quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit; quamvis cum eo furti agi potest; quod puto rectius dici ». Nè diversamente Modestino *l. 5*, *pro emt.* « Si rem, quam tibi pignoravi, subripuero, eamque distraxero; de usucapione dubitatum est: et verius est, utiliter cedere tempora usucapionis ». Per simile ragione Paolo risponde nella *l. 20*, *§ 1*, *de furt.* « Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripuero: vel etiam tuus usus fructus sit, et eam contrectavero: tenebor tibi furti actione et si dominus rei sum: sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impeditur: quoniam et si alius subripiat, et in mea potestate reversa res fuerit, usucapiebatur ». Per converso che il ritorno al non proprietario purghi il vizio, è stabilito altrove da Paolo stesso, che su questo punto corresse Labeone, il quale pure avea stabilito a sua volta la necessità del ritorno al padrone. Il testo è nella *l. 49*, *h. t.* « Labeo (lib. 5, Pithanon a Paulo epitomatorum. — Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus; Imo forsitan, et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris: erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam

potestatem venerit, usucapi poterit ». E col riconoscere il durare del vizio dopo il furto fatto dal debitore, sembra P disconoscere quel che ne' succitati testi avea stabilito, il c cidere del vizio colla sua purgazione, ossia che equivale, l'ef della purgazione nel ritrovarsi la cosa dopo il furto nelle r del proprietario. Questa medesima esclusione di coincid del vizio coll'emendamento nel caso del pegno sottratto debitore, è ribadita da un altro testo, dalla *l. 6*, *C. de us* *pro emt.* ove Filippo rescrive « Cum sit probatum, rem gnori fuisse obligatam, et postea a debitore distractam: p est, non potuisse eam quasi furtivam usucapi ». Finalm che il ritorno al non proprietario valga a correggere il sembra stabilito da Ulpiano sull'autorità di Giuliano *l. 6*, *de precar.* « Julianus ait, eum, qui vi alterum dejecit, e eodem precario rogavit, desinere vi possidere, et incipere cario... nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro em posse dominium capere ». Che in quest' ultima parte si di cosa tolta a forza ad un non proprietario, sembra fissat parlarsi di usucapione dopo che lo spogliante l'aveva prata da colui che prima era stato spogliato: giacchè se sto fosse stato il proprietario, con quella compra sarebb compratore passato il dominio, nè si parlerebbe di usucap Ora il comprare da colui, cui la cosa fu tolta per furto c lenza, equivale alla « reversio in potestatem » (§ 585), que il ritorno in potestà del non proprietario derubato o gliato importa secondo Giuliano ed Ulp. la purgazione.

§ 587.

Ecco quel che credo doversi dire secondo la ragione ridica, alla quale i citati testi mi pare che possano egr mente adattarsi. Convien distinguere. Commesso un furt altrettanto si ripeta costantemente della fatta violenza) al proprietario che avea dritto a godere o a ritenere la dirimpetto al padrone, talvolta il furto medesimo va solt a carico di quel godimento (*furtum usus*, § 41, n. 3) o di dritto a tenere la cosa (*furtum possessionis*, ibid.), che co

tevano allo stesso non proprietario. In questa ipotesi fu ricevuto ragionevolmente, che il ritorno al danneggiato bastasse a togliere il vizio. Non esclusa però la costante attitudine al purgare nel ritorno al padrone, secondo ciò che sempre era stato fermamente fissato nello interpretare la legge Atinia (§ 579). Insomma fu ricevuto, che il vizio si purgasse col ritorno della cosa o al padrone, o al non padrone, cui era stata tolta. — Talvolta invece il furto fatto al non proprietario va a carico ancora del proprietario; o facendogli danno di tutto il valore della cosa (*furtum rei*); o togliendogli quella disposizione sull' uso della medesima, la qual disposizione, finchè conciliabile coi dritti di quel non proprietario, a lui tuttora competesse (anche questo *furtum usus :* p. e. al creditore vien tolto da un ladro il cavallo pignorato, coll'animo di servirsene solo per andare in Aricia). In quest'altra ipotesi era troppo in luce la solita necessità di ritorno al padrone, per potere ammettere concorrenza. Fu riconosciuto, che vizio non si purgasse col ritorno al non proprietario, necessario fosse del tutto che la cosa tornasse *in domini potestatem.*

§ 588.

Ora alle applicazioni dei testi. Poniamo, che il padrone abbia sottratto o tolto a forza la cosa che avea dato a pegno. Siamo certamente nella prima ipotesi; mentre non può dirsi o concepirsi fatto a carico suo ciò che fu fatto da esso. Dicemmo che in tale caso la purgazione avviene anche col ritorno al padrone. Quindi i giureconsulti, pur riconoscendo la esistenza del furto, osservano che questo accade nello stesso tempo e si emenda allo scopo dell'usucapione, si ha per questo effetto come non avvenuto, l'usucapione avrà luogo. Vi fu frai giureconsulti stessi qualcuno che si opponeva, duro sembrandogli che dall' istessa persona e si facesse il furto e si purgasse. Ma prevalse quella opinione come esattamente logica. La decisione e la ragione sta nella *l. 4*, *§ 21*, *h. t.* Qui spetta anche la *l. 5*, *pro emt.*, nonchè la *l. 20*, *§ 1*, *de furt.* — Poniamo, che abbia rubato o tolto a forza un non padrone;

allora siamo in genere nella seconda ipotesi, perchè il f
o violenza suol essere anche a carico del proprietario. Qu
deve la cosa ritornare assolutamente al padrone secondo
terpretazione della legge Atinia. E ciò è deciso nella *l. 4, § 6*

§ 589.

Ma pure può ben accadere, che al non proprietario
altro non proprietario tolga per furto o violenza, senza
che il delitto attacchi il proprietario. Un tale credendosi
drone in b. f. diè a pegno la cosa altrui ad un suo credit
caso, in cui il creditore è difeso colla serviana, come c
publiciana è difeso il suo autore *l. 18, de pign. et hypoth.*
credendosi tuttora padrone, sottrae la cosa al creditore.
si torna alla prima ipotesi. Giacchè, come senza intenzio
al di là di essa non si concepisce furto, così nel caso il f
come tale non può dirsi essere a carico che del diritt
ritenere che ha il creditore. Il furto non ad altro che a
sto potè essere diretto, quando chi lo commise era nell'
nione di essere il propretario. Quindi secondo le nostre te
la conseguenza è, che si purghi il vizio tanto col tornar
padrone quanto col tornare al creditore. Il padrone nel c
non era il sottraente stesso; onde chiaro apparisce pe
non possa purgarsi il vizio nell' atto medesimo del furto.
appartiene la *l. 6, C. de usuc. pro emt.* Non che la *l. 49, h. t.;*
Paolo non corregge Labeone nel senso di voler escludere
anche col ritorno al padrone avvenga la purgazione; ma
senso che non sia vera l' assoluta necessità di ritorno al
drone stabilita da Labeone, e che s' abbia ad ammettere
che il ritorno al creditore « Imo forsitan, et contra. » [1]

---

[1] Molti recenti, e fra gli antichi VIVIANO *ad l. 6, C. de usuc.*
emt., riferiscono al caso del non padrone, che abbia oppignorato, i
della *l. 49, h. t.* e della *l. 6. C. de usuc. pro emt.*, benchè li spieghino
principî differenti dai miei. VOET invece riporta al caso del non pad
pignorante gli altri testi nella *l. 4, § 21, h. t.* e nella *l. 5, pro emt.* T
è la varietà de' pareri.

§ 590.

Una simile osservazione credo che spieghi anche la *l. 6, § 3, de precar.*, della quale soltanto ci resta a parlare. Un non padrone possedeva un fondo in b. f. Un altro non padrone credendosi pur esso il proprietario del fondo, lo cacciò a viva forza. Poi, avvedutosi che il fondo non era suo e persuadendosi esser di quello che da lui era stato discacciato, pensò di comprarlo e lo comprò dal medesimo. Il delitto fu a carico del possessore di b. f. e de' dritti di ritenzione e di uso di cui gode: per cui dal padrone stesso della cosa non può essergli questa tolta per via di fatto, *d. l. 20, § 1, de furt.* Ma non fu a carico degli altri diritti spettanti al proprietario; perchè anche qui nè poteva tal direzione trovarsi in quella dejezione fatta da chi allora si credeva il padrone, nè senza l'intenzione o oltre l'intenzione è delitto. Quindi anche in questo caso il vizio può purgarsi col ritornare della cosa come al padrone vero, così allo spogliato possessore di b. f. Ed essendo nella fattispecie avvenuto un equipollente al ritorno al possessore di b. f., Giuliano ed Ulp. ammettono a tutta ragione la usucapione [1].

§ 591.

Fin qui delle *res furtivae* e delle *res vi possessae.* Ad esempio di queste fu stabilito dalla legge Giulia *repetundarum*, che

---

[1] Molti tentamenti sono stati fatti per spiegare questo frammento. La Glossa *in h. leg.* vuol separare la causa delle cose furtive da quella delle cose *vi possessae.* Arndts *loc. cit.* (§ 586, n. 1) suppone che nel caso di Giuliano il proprietario avesse *vindicandae rei potestatem.* Dopo Mühlenbruch *loc. cit.* (d. § 586, n. 1) lo Schirmer *pag. 149, 164*, ammette in virtù di questo testo la purgazione pel ritorno al non proprietario nel caso che la cosa sia tolta a chi la possedeva come proprietario in b. f. Vangerow *loc. cit.* (ib.) riporta il frammento all'antica usucapione da farsi da colui che aveva *in bonis.* Windscheid *loc. cit.* (id.) ne deduce, che in dritto giustinianeo sia di regola che una cosa tolta ad un non proprietario divenga usucapibile anche per ritorno in potere del medesimo. — Oserò io sperare, che in cotesto irrequieto succedersi di prove fatte da sì valenti autori possa la mia sembrar fluida ed armonizzante colla ragione e cogli altri testi?

le cose, donate al proconsole o al pretore contro il dispo
di essa legge, non potessero essere usucapite prima che r
fossero tornate in potere di colui onde erano partite, *l.*
pr. de a. r. d., *l. 8*, *§ 1*, *de l. Jul. repetund.* [1]. — Finalme
Giustiniano nella *Nov. 119*, *cap. 7* stabilì, che, venduta u
cosa immobile altrui da un possessore di m. f., non sem
potesse essere dall'acquirente usucapita ossia (a quell'età g
stinianea) prescritta col tempo ordinario. Potesse bensì esse
se il padrone avesse risaputo essere la cosa propria ed ess
stata la medesima alienata: altrimenti, fosse necessaria
prescrizione di trent'anni [2].

---

[1] Su quest'ultimo punto cf. § 579, n. 2.

[2] Della *quasi usucapio* e della *praescriptio* nelle servitù, del loro c
cetto, origine, e sviluppo, parlai part. 1, cap. 9, artic. 1. In ispecie le
ragguardevoli quistioni sui relativi requisiti ho esposto § 475, 565, n. 1.
Sulla usucapione e sulla *praescriptio* considerate in rapporto con altri dr
in re, cf. § 455, segg.

SEZIONE SECONDA

GL'INTERDETTI INTRODOTTI A REGOLARE IL SOLO POSSESSO.

Divideremo questa sezione in tre capi. Dimostreremo nel primo quale sia la natura degl'interdetti che il pretore ha proposto per regolare il solo possesso. Serbando i confini che ci avrà prescritti la dimostrazione nel capo primo, passeremo nel secondo a trattare in specie de' singoli interdetti riguardanti il possesso; per poi parlare nel terzo degl'interdetti relativi alla *juris quasi possessio*.

CAPO PRIMO

Natura degl'interdetti introdotti per regolare il possesso soltanto.

§ 592.

Nel capo primo della prima parte dovemmo esporre per necessità del trattato la ragione e l'indole degli interdetti che difendono il possesso, ed in tale occasione riferimmo succintamente il tenore della procedura interdittale. Non verremo qui ai dettagli di questa; come neppure esporremo le quistioni appartenenti all'intiera massa degl'interdetti; dappoichè al nostro trattato, che è quello del possesso, non spetta tanta larghezza. Nella disputa, che si agita con tanto calore sullo stabilire i confini degl'interdetti che in verità vi spettano, grave errore sarebbe, e cagione di strane confusioni, lo slargare le speciali indagini oltre i limiti convenienti. Però quando parleremo degl'interdetti duplici (l'*uti possidetis* e l'*utrubi*) dovremo rientrare in dettaglio sulla loro procedura

e sulla loro origine storica; perchè sono punti necessari a
dichiarazione di essi, che pur appartengono certamente
nostro trattato. — Sono senza dubbio estranei al trattato n
stro tutti quegl' interdetti, che secondo il parlare di Paolo *l*
§ 1, de interd. non competono *rei familiaris causa*, o secon
quello d'Ulp. *l. 1, pr. eod. tit.* non competono *de rebus q*
singulorum sunt. Vale a dire quelli che competono *divini ju*
causa aut de religione. Nonchè quelli che si danno bensì *ho*
num causa, ma sono *ad publicam utilitatem pertinentia* [1], o co
petono *sui juris tuendi causa* (cioè tutelano il potere del ca
di casa come padre, come marito, come patrono), ovvero
ficii tuendi causa (cioè si danno allo scopo di compiere
ufficio d'umanità verso altra persona). Espressioni tutte
Paolo *d. l. 2, § 2, de interd.*

§ 593

Per la qual cosa sono fuori del nostro trattato: Prin
come competenti *divini juris causa aut de religione*, gl' interd
ne quid in loco sacro; *de mortuo inferendo; de sepulchro aedificando:*
terdetti, che anche Ulp. *d. l. 1. pr. eod.* dice competere non *de h*
manis o *hominum* ma *de divinis rebus.* — Secondo, come propo
publicae utilitatis causa, gl' interdetti *ne quid in loco publico vel*
nere fiat; ne quid in via publica; *de via publica et itinere publ*
reficiendo; nonchè gl' interdetti *de flumine publico*, e l'anal
de ripa munienda; e finalmente quello *de cloacis publicis.* De'qu
nel libro XLIII delle pandette, consacrato agl'interdetti, si
cupano i titoli 8, 10-15, e la *1, § 15* nel tit. 23. Ulpiano *d. l*
pr. li chiama interdetti *de rebus hominum publicis.* — Ter
come competenti *sui juris tuendi causa*, gl' interdetti *de libe*
exhibendis; *de liberis ducendis*; *de uxore exhibenda ac ducen*
de liberto exhibendo: i quali sono quasi tutti trattati nel de

[1] Intendi, direttamente; perchè indirettamente possono dirsi prop
per causa di pubblica utilità anche interdetti che direttamente curano
utilità de' privati, e *rei familiaris causa competunt;* come l' interdetto
loco publico fruendo, cf. *l. 1, § 1, de loc. publ. fr.* (§ 704).

lib. XLIII delle pand. tit. 30. — Quarto finalmente, siccome introdotto *officii tuendi causa*, l'interdetto *de homine libero exhibendo*, d. lib. XLIII tit. 29. Ulpiano *d. l. 1, pr.* degl' interdetti delle due ultime categorie dice che *redduntur de rebus hominum*, ma *quae sunt nullius.* — Tutti questi interdetti, lo ripeto, non appartengono al nostro trattato che è del possesso. Imperocchè il possesso spetta alla *res familiaris, d. l. 2, § 3, de interd.*, e perciò non può dirsi obietto d'interdetti, alla propriamente detta *res familiaris* estranei. Oltrechè alcuni degli interdetti su enumerati non regolano solamente uno stato di fatto, ma *rei persecutionem continent*, e *veluti proprietatis causam continent*, come dice Paolo *d. l. 2, § 2:* quali sono il *ne quid in loco sacro*, il *de mortuo inferendo*, il *de sepulchro aedificando*, il *de liberis exhibendis, ibid.* Vale a dire definiscono pienamente la questione di dritto, e perciò, come meglio spiegheremo fra poco, non spettano anche per questa ragione alla trattazione nostra.

§ 594.

Ma vi sono anche degl' interdetti, che *rei familiaris causa competunt*, eppure non spettano al trattato; perchè o non affatto, o non sempre ma solo accidentalmente, hanno il possesso nel loro oggetto. Sono ben pochi gl' interdetti esclusi dal trattato per questa ragione. — Tale è fra gli esibitorj il solo che abbia cose e non uomini liberi per oggetti, cioè il *de tabulis exhibendis.* Non ha l'oggetto nel possesso, benchè ne abbia uno ben vicino al possesso. Poichè, quantunque arriviamo con tale interdetto ad avere una certa facoltà di contatto « exhibere, hoc est, materiae ipsius apprehendendae copiam facere » Ulp. *l. 3, § 8, de tab. exhib.*; però non l'abbiamo come principio di azione durevole, e perciò non abbiamo possesso (§ 39). Dice Gajo *l. 22, de V. S.* « Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam exhibere est, praesentiam corporis praebere: restituere est, etiam possessorem facere ».

§ 595.

Alla stessa definizione appartengono, l'interdetto
vi aut clam; l'interdetto, che dai commentatori è detto
tutorium o *de opere restituendo* o *demolitorium*, in seguito
op. novi nunciatio; e l'interdetto *ne vis fiat aedificanti.* —
primo si riguarda ad opere fatte *in solo* violentemente o
destinamente, allo scopo che ogni cosa venga riposta al
stino stato, e sia risarcito il danno, *l. 1, pr., §1, l. 15, § 7,*
quod vi aut clam. Il secondo spetta ad opere continuate
le *op. novi nunc.*, senza avere avuto la *remissio* o amiche
o per decisione del magistrato, allo scopo che si riducan
cose allo stato in cui erano quando fu fatta la detta *nu*
tio, l. 20, pr. - § 8, de o. n. n. Il terzo riguarda opere in
rotte in seguito di *op. novi nunc.*, se da essa siasi ottenut
remissio, ovvero se nel modo e termine legittimo si presti
zione di demolire in caso di perdita in giudizio; allo scop
non esser più turbato nella prosecuzione dell' opera, *l. 20,*
ad fi., de o. n. n., l. 1, de remission. Tutti adunque hanno
guardo a lavori come tali, e non in quanto possono per sem
eventualità avere influenza sul possesso. Poichè quantun
spesso si tratti di lavori che compromettono il possesso,
però essi hanno sempre questa importanza. Così ne'casi
templati nella *l. 6, § 1, si serv. vindic.* (§ 450), *l. 7, § 8, l*
§ 1, 2, l. 13, § 4, 5, l. 15, § 2, l. 16, pr., l. 20, § 5, l. 22,
quod vi aut clam, l. 1, § 16, 17, l. 13, § 4, l. 4, l.5, pr. de o. n. n
sendo talvolta il possesso estraneo affatto all'oggetto di
sti interdetti, dunque essi non spettano al nostro trattato;
chè non è nella loro natura di dover essere in rapporto
possesso.

§ 596.

Finalmente per la ragione fissata nel 594 è a noi es
neo l'*interdictum fraudatorium.* È indifferente affatto, per
prezzarlo nel presente punto di vista, qualunque piaccia c
congetture, a dir vero non ancora ben chiarite, che vi fan

pra i recenti scrittori. Sia che altri creda con Huschke *Zeitschr. f. civ. Proc. XVI, 1*, che, mentre la pauliana spetta alle frodolenti alienazioni avvenute tanto prima quanto dopo la *venditio bonorum*, l'interdetto fraudatorio riguardi le diminuzioni di patrimonio accadute soltanto prima di detta *venditio bonorum*. Sia che si voglia ritenere con Rudorff *Zeitschr. f. Rechtsgesch. VIII, pag. 62 segg.* che l'interdetto fu introdotto per *il bonorum emtor*, il quale, come successore universale del decotto, non avrebbe potuto valersi della pauliana. O piaccia piuttosto di credere con Schmidt *Interdiktenverfahr. pag. 309*, che l'interdetto esercitato sia da un creditore isolato, mentre nella pauliana sia il curatore che agisce a nome della massa dei creditori. O con Leist *Die bon. poss.* § 55, che l'azione pauliana spetti alle alienazioni frodolentemente fatte dal decotto a favore di terze persone, l'interdetto poi a quelle fatte a favore d'uno de'creditori dopo la *missio in bona*. O con Machelard *Théorie génér. des Interd. en droit rom. pag. 55, n. 2*, che l'interdetto sia stato più antico della pauliana, ed abbandonato quando si svilupparono le regole di questa. — Per vera non riterrei (e ciò debbo dire) la opinione di Unterholzner *Schuldverhält. II, p. 141*, che l'interdetto frodatorio sia *adipiscendae possessionis* appartenente solo alle alienate cose corporali, come il *quorum bonorum*, mentre la pauliana si estende alle obbligazioni. Opinione, che non ha trovato seguaci, tranne un timido assentimento di Heimbach *Rechtslex. V, p. 588.* Unterholzner confronta questo interdetto al *quorum bonorum*, e ambedue li riferisce alle cose corporali, per la parola *restituas* che come è nell'interdetto *quor. bonor.* così trovasi pure nel frodatario, *l. 10, pr. quae in fr. cred.* Ma se il *quor. bonor.* spetta ai soli corpi *l. 2, quor. bonor.*, non è pel *restituas*, ma per la stretta interpretazione data all'oggetto da restituirsi descritto nello editto « quod de his bonis pro herede, aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset » *l. 1. pr. eod.* [1]. Pertanto è da ritenere, che l'interdetto frodatorio ri-

---

[1] Giusta riflessione di Schmidt *pag. 47*, ved. anche Machelard *pag. 55, in not.*

guardasse la restituzione di frodolenti operazioni del debit
di qualunque indole esse fossero, *d. l. 10, pr. quae in fr. cr*
onde se spesso riguardava la restituzione d' una cosa, e
spettava al possesso, sovente anche apparteneva a rest
zione di obbligazioni personali perdute per frode, e col p
sesso nulla avea che fare [2].

§ 597.

Ora passiamo ad un punto, sul quale dovremo magg
mente lavorare. Crediamo, che neppure tutti gl'interdetti, i q
nel loro scopo comprendono costantemente il possesso, si
compresi nei giusti confini del nostro trattato. Vedem
§ 58 segg., che giammai gl' interdetti sono effetti del poss
da per loro, e riguardata la propria virtù di questo; anzi §
che neppure lo sono in alcun modo gl' interdetti *adipiscen*
ed alcuni *recuperandae possessionis.* Non per questo è a
con Savigny *pag. 363*, che solo gl' interdetti che possono d
effetti del possesso, cioè che si fondano sul possesso dell
tore, e possono essere intentati sotto condizione dello aver l
tore veramente acquistato uno *jus possessionis*, apparteng
al trattato del possesso. Non gl' interdetti *adipiscendae*, e (co
aggiunse nella 6ª ediz. *p.370 segg.* dopo la scoperta del framme
viennese) neppure tutti i *recuperandae*, doversi trattare aff
in un lavoro sul possesso. Nella massima non converrei. T
gl' interdetti introdotti dall'editto pel pensiero di regolar
solo possesso, ne'quali perciò il pretore nelle singole fattisp
dà il comando, e quindi il giudice pronuncia, direttame
quanto al solo possesso, non possono senza sconvenie
vuoto essere eliminati da un trattato del possesso; sicc

[2] Pertanto sembra essere in errore anche SAVIGNY, che a *pag.*
conta questo interdetto fra gli *adipiscendae possessionis.* JHERING *pag.*
contradice a Savigny. Ma mentre noi distogliamo l' interdetto mede
da tale categoria per la ragione che non vi è il possesso come ogg
necessario; Jhering lo fa solo per la ragione che in esso interdetto si d
definitivamente del dritto: lo che non toglierebbe che suo necessario
getto potesse essere il possesso secondo le cose che diremo in seguito.

già dicevo nella prefazione di questo lavoro. Benchè i medesimi interdetti non sempre siano effetto del possesso, ossia non sempre si attribuiscano in vista principale di possesso antecedente, ma piuttosto per altre cagioni. Poichè se non la base, certo lo scopo diretto v'è il solo possesso; col possesso sempre, col possesso soltanto si trovano direttamente uniti. Non nego davvero, che in un sistema completo di dritto romano, quando un interdetto si trovi dato sulla ispezione principale di altre circostanze, meglio che sotto la dottrina del possesso, vada esposto sotto quella che a tali circostanze si riferisce. Ma sostengo che in un trattato speciale sul possesso conviene sviluppare anche tali interdetti; perchè in questo, onde pieno risulti, è d'uopo che si esauriscano tutti i punti, ne' quali il possesso solo è direttamente riguardato nella legislazione.

§ 598.

Parlai d'interdetti, che sono stati inventati per regolar il solo possesso, e ne' quali il pretore comanda e il giudice pronuncia direttamente sul solo possesso. Poichè non includo negl'interdetti appartenenti al trattato del possesso tutti, quanti sono, quelli, che lo attribuiscono in qualsivoglia modo. Non l'includo, se ciò importino come conseguenza di dritto pienamente riconosciuto. Altrimenti per parità di ragione converrebbe in quel trattato dar luogo anche alla *rei vindicatio*, alla serviana, e all'*actio emti* diretta pur essa al « habere possidereque recte liceat » *l. 1, pr. de rer. perm.*, ed a mille altre ancora. — Per simile ragione non v'è per la publiciana un posto distinto nel nostro trattato; quantunque la sua vicinanza ad esso ci abbia condotti or qua or là a dire quanto c'è in essa di più rilevante (§ 224, 348 segg.). Come vedemmo d. § 348 segg., che la publiciana non è effetto e difesa del possesso, perchè mosse da antecedenti diversi da questo; così qui soggiungiamo, che neppure in verun altro modo può dirsi introdotta a regolare il possesso soltanto. Imperocchè il pretore eleva lo stato di coloro, ai quali dà la publiciana, a grado di finta proprietà; e l'esercizio dell'azione dirige a dar pra-

tica efficacia a cotesta proprietà finta. Il pretore ne fa
azione *in rem* pari alla R. V., *tit. de public. in rem actio*
ammessa nella medesima la discussione del dominio ve
cevendo la *exceptio justi dominii* (d. § 224): la stima nell
demnatio importa tutto il valore della cosa e non il solo
resse del possesso (§ 349). Insomma « Publiciana actio
star proprietatis, non ad instar possessionis respicit »
§ 6, de publ. in rem act. (d. § 349).

§ 599.

Pertanto è fissato, che a noi non spetta il trattare e
fesso di quegli interdetti, ne'quali il pretore dà il coma
il giudice la sentenza, pienamente sopra il diritto. Intend
con questa parola (come sogliono intenderla i nostri scr
ogni dritto che esister possa fra le parti, indipendente
da quello che fu dal pretore semplicemente costruito per a
stare o ritenere o ricuperare il possesso soltanto. Dissi, p
mente; giacchè talvolta avviene, che il pretore dia il com
ed il giudice la sentenza, richiedendo qualche prova del
ossia della qualità giuridica dell' impetrante, siccome ved
a suo luogo, senza però che il dritto sia indotto nella
pienezza. E questi interdetti rimangono nel trattato n
Onde il carattere pratico che marca gl' interdetti, dei quali
biamo occuparci, è che dopo il giudizio su di essi, ed in
lunque esito o di vincita o di perdita dell' impetrante, l
di dritto si possa proporre, o in tutta la sua pienezza di p
o almeno in qualche aspetto: sicchè possa vincere in
sta lite chi perdè nell' interdetto, e possa perdere chi in
sto vinse, senza che osti la regiudicata; come osterebb
tutto, se pienamente del dritto si fosse conosciuto nell' i
detto. « Si quis interdicto egerit de possessione, postea in
agens non repellitur per exceptionem: quoniam in inte
possessio, in actione proprietas vertitur » *l. 14, § 3, de e*
rei judic. Non è già necessario, che in fatto si verifichi
sto succedere della questione di dritto: come p. e. non
rifica se l' interdetto fu esercitato contro chi attentò al pos
senza far jattanze di dritto, sicchè in fatto, finito il pro

interdittale, niun'altra azione viene in discussione. Ma è necessario, che l'esercitato interdetto, attesa la sua forza in se stessa, sarebbe per ammettere la succedente quistione di dritto. Restano esclusi dal trattato quegl' interdetti che definiscon pienamente il dritto per loro natura; com'è quello, di cui dice la *l. 1, § 45, da aq. quotid. et aest.* « Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis; non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta; nec ad possessionem temporariam pertinet: sed aut habet jus adsignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur ».

§ 600.

Ora vediamo, se gl' interdetti compresi nella nota distinzione, *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis*, proposta da Paolo *l. 2, § 3, de interd.* da Gajo *IV, 14* e da Giustiniano *§ 2, I. de interd.*, abbiano tutti il suddescritto carattere scientifico di contenere direttamente la questione di possesso, e così appartengano tutti al nostro trattato. Arde viva controversia specialmente sugl' interdetti *adipiscendae*. Come Savigny li elimina dal nostro trattato per la non buona ragione che non hanno per base il possesso (§ 597); così altri li eliminano dal trattato medesimo perchè non vi debbano appartenere, neppure riguardato il loro scopo: e questo punto spetta alla presente indagine. Huschke *Studien des röm. Rechts, pag. 385 segg.* pensa precisamente a questo modo; difendendo che tutti gl' interdetti *adipiscendae* hanno natura petitoria, per la ragione che v'è indotto qualche diritto che dev'esser provato dall' impetrante, di questo si deve decidere, e così la *exceptio rei judicatae* nasce contro l'azione a quel dritto corrispondente. Anche Randa *pag. 8, not. 10, c.* pensa, che gl' interd. *adipiscendae* abbiano ad esser posti fuori del trattato per la medesima ragione che v'è sempre indotto un diritto, ma spiegandola in diverso modo. Dice, che, dato pure che non vi si debba pienamente provare e decidere il dritto (del chè del resto neppure è sicuro), non ostante la specialità di questi interdetti non stà nella esclusione della questione di dritto, e nella possibilità della futura discussione su questo, ma solo nella som-

maria decisione della questione medesima (« in der sum
rischen Prima - facie - Entscheidung der Rechtsfrage »
messa la pienezza della prova ad un giudizio ordinario
A tali vedute non posso uniformarmi. Vedremo, che fra
interd. *adipiscendae* ve ne sono di quelli, che presuppong
un dritto da non provarsi e discutersi pienamente. On
che non vi si giudica pienamente del dritto stesso, e pu
qualche aspetto proporsi in seguito la relativa azione. I
que, secondo le cose dette § 599, resta, che pienamente s
cupino del solo possesso, e che perciò debbano lasciarsi
trattato. E ciò basterebbe per non accettare la sentenz
Huschke. Quanto a quella di Randa osserviamo, che dire
la sommaria decisione della questione di dritto forma lo
cialità di questi interdetti *adipiscndae*, ne' quali richiedesi
che prova di dritto, è quanto dire che la specialità con
nel loro rivolgersi pienamente al solo possesso. Torna
non debbano lasciarsi fuori del trattato del possesso, col q
sempre, col quale soltanto si trovano direttamente uniti. A
que teniamo per fermo, che l'ammissione d'una semip
di dritto in alcuni interd. *adipiscendae* non toglie il cara
che li richiama al trattato del possesso, che cioè regolin
rettamente il possesso solo. Infatti, se altrimenti si vo
credere, anche all'interdetto *retinendae* che nomasi *de super*
bus converrebbe negare quel carattere, mentre vi si dom
qualche prova di dritto (§ 140). Eppure tanto appartien
trattato del possesso, che anzi è effetto e difesa del poss
come l'*uti possidetis* (d. § 140). Inoltre (e ciò vale tanto co
Huschke quanto contro Randa) vi sono interdetti *adipi*
dae che non hanno in alcuna parte per vera base un di
Così quello, enunciato espressamente da Paolo *d. l. 2*, §
interd. come interdetto *adip. possessionis*, « quo itinere v
tor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto » [1].

---

[1] Invano RANDA vuol trovare una prova di dritto nella necessi
dimostrare la *successio*. È un punto di dritto, che nulla influisce sul
sesso per dirlo giusto ossia conseguenza d'un diritto; non è in alcu
che lontano rapporto colla giustizia del possesso.

altri, de'quali espressamente è detto nel *fragm. vindob. IV, 1*, che possono essere *adipisc. possessionis*, cioè il *quem fundum* ed il *quam hereditatem*; ai quali va aggiunto il simile *quem usumfructum* del *§ 92, fragm. vatican.*

§ 601.

D'altra parte Leist *I, pag. 360 segg.*, Ihering *pag. 55.*, e Machelard *p. 36* sostengono, che gl' interd. *adipiscendae* hanno per iscopo il possesso, e che perciò spettano al trattato del medesimo. Infatti, dicono, se così non fosse la divisione degli interd. in *adipiscendae*, *retinendae*, *recuperandae possessionis* non avrebbe scientifico significato. Esamineremo fra poco questa ragione; intanto notiamo, che l'interdetto *sectorium*, noverato fra gli *adipiscendae* da *Gaj. IV, 144, 146*, non è certamente diretto a regolare il possesso, ma a difendere un vero diritto, siccome dovremo in seguito esporre. Ed il *quorum bonorum*, benchè all'epoca di Giustiniano fosse diretto a difendere il dritto ereditario, tanto quanto l'*hereditatis petitio* (§ 648), dallo stesso imperatore è detto *adip. possessionis* nel *§ 3, I. de interd.* Eppure è da osservare, che Giustiniano nel formare questo § 3 sul testo di Gaj. *IV. 144*, avea fatto quelle modificazioni, le quali erano suggerite dalla cennata importanza che alla sua età aveva quell'interdetto (d. § 648).

§ 602.

A proposito della presente quistione scrive Schmidt *p. 62*, che il dritto romano non generalizza, ma individualizza secondo l'occorrenza. Buona riflessione, alla egli quale sventuratamente non soggiunge quel pieno sviluppo che essa merita. Noi crediamo, che negli interd. *adipiscendae* (e vedremo anche ne' *retinendae* e ne' *recuperandae*) non si debba dire in tesi generale, che abbiamo, ovvero che non abbiamo il carattere del quale si questiona; e perciò non si possano o assolutamente ammettere nel nostro trattato, o assolutamente escludere dal medesimo. Di alcuni conviene affermare; negare

di altri. — Ma, ci si oppone, perchè dunque gli *adipisc*
formano un membro della tripartita divisione di Gajo di I
e di Giustiniano, mentre, privi di costante scientifico si
cato quanto al possesso, vi starebbero oziosamente e sco
mente? Rispondiamo, che questo ragionare proverebbe tr
e che perciò in verità prova nulla. Contentiamoci qui di
siderare un interdetto noverato da Paolo fra i *retinendae*
sessionis, mentre esso Paolo gli nega il carattere di reg
il possesso. È l'interdetto *de itinere*, del quale Paolo dice
d. l. 2, § 2, de interd. che spetta agl'interdetti i quali «
persecutionem continent... proprietatis, non possessionis
sam habeant », e che « proprietatis causam continet ».
dremo a suo luogo in quale ipotesi, e perchè, tale inter
venga così trattato dal giureconsulto. Certo egli è, e da n
contrastato, che viene negato al medesimo lo avere per s
diretto il possesso. Ma, come dissi, Paolo pur lo riduce
dentemente alla tripartita divisione, vale a dire ai *retine*
Infatti nello stesso *§ 2, fi.* egli riporta questo interdetto a q
che « ad rem familiarem pertinent », conchiudendo a prop
del medesimo « non sit mirum si quae interdicta ad re
miliarem pertinent, proprietatis, non possessionis causan
beant ». Contestualmente segue nel *§ 3* « Haec autem inter
quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt
sessionis, aut recuperandae, aut retinendae », riducendo
manifestamente alla detta divisione anche quello, del q
come spettante « ad rem familiarem » aveva proprio allora
lato. Onde non mi sembra felice l'interpretazione di Mach
pag. 47, seg., che quell'interdetto *de itinere* sia escluso dall
partita divisione, quasi che Paolo significhi soltanto ch
« plus part » degl'interdetti *rei familiaris* spettano ad essa.
cora io ne' § 594-596 dimostrai, che qualcuno degl'inter
spettanti alla cosa familiare è fuori della detta divisione pe
di sua natura non riguarda punto il possesso. E che I
non ne faccia una menzione speciale, ed ai spettanti
cosa familiare dia semplicemente luogo nella ripetuta
sione; facilmente si spiega dallo essere pochissimi quel
ne sono estranei, ed inoltre prossimi a quelli che al pos

in qualche modo si riferiscono (loc. cit.) Ma non mi persuaderò giammai, che Paolo pensi essere fra questi pochi anche il *de itinere*, di cui avea parlato nel periodo precedente; unendo inoltre a questo periodo la tripartita divisione coll'espressione « *Haec* autem interdicta etc. ». Che poi Machelard affermi contradire a noi l'istesso Paolo quando il *de itinere* riporta agl'interdetti che « proprietatis causam habeant », ci sembra quella che dicesi petizion di principio; mentre appunto discutiamo se anche tali interdetti debbano intendersi compresi nella tripartita divisione, e noi sosteniamo l'affermativa. Pertanto è constatato, che non solo degl'interdetti *adipiscendae*, ma ancora dei contenuti negli altri membri della divisione, non può dirsi che tutti appartengano alla trattazione presente. La tripartita divisione, come si presenta in dritto romano, non fa che designare l'effetto degl'interdetti riguardo al possesso, senza distinguere, se direttamente ad esso solo appartengano, o no. Onde le ampie dichiarazioni di Ulpiano *l. 1, § 4, uti possid.* « Et (ut Pedius ait) omnis de possessione controversia aut eo pertinet ut quod non possidemus nobis restituatur [1]: aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus ».

§ 603.

Ma esaminiamo direttamente l'opposto argomento. Prima di tutto è da rimarcare la grande unione che è sempre stata fra il nome degl'*interdetti* e quello di *possesso*; onde la gran facilità di adoperar quello laddove in qualsiasi modo venga regolato questo. Nè basta. Seppure si volesse una ragione più rigorosamente scientifica, è da riflettere, che onde una divisione con tutte le sue parti abbia degno posto in una scienza, basta, che alle singole parti medesime si adattino

---

[1] Ognun sa, che il *restituere* nella terminologia nostra *(interdicta restitutoria)* significa anche dare quel possesso che il postulante non ebbe mai; onde Pedio con quella parola designava e i *recuperandae* e gli *adipiscendae possessionis*.

delle proposizioni a quella scienza spettanti. Quindi non
vesi concedere l'importanza scientifica alla nostra tripar
divisione nel trattato del possesso, al solo patto di connet
ai singoli suoi membri la tassativa proposizione: Sono di
a regolare il solo possesso. Basta che in detto trattato vi
qualche altra proposizione, nella quale i tre membri poss
essere adoperati esattamente; come sarebbe la proposizio
Tutti quest'interdetti hanno sempre il possesso nel l
obietto, o quest'altra: Effetti del possesso non sono mai
interdetti *adipisc. possessionis*, lo sono sovente i *retinendae*
i *recuperandae*. Il possesso, che come scopo degl'interdett
enunciato nella tripartita divisione romana, lo è troppo a
piamente per poter portare la divisione medesima tale qu
dentro il trattato degl'interdetti che regolano il possesso
rettamente; ma lo è esattamente sicchè ben si può ado
rarla intera nella enunciazione di regole relative al posses
E questo basta a giustificarla.

§ 604.

Dalle dette cose apparisce, che, non presentando la d
tripartita divisione quel carattere che la unisca a questa
conda sezione della seconda parte del nostro lavoro, non
temmo alla sezione medesima dare il titolo: Degl'interd
adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis. E per più f
ragioni non potemmo tampoco intitolarla: Degl'interdetti
sessorii; benchè tale terminologia sia tanto universalmente a
tata dagli scrittori. Primieramente perchè tale espressione
è d'accordo con la tecnica romana: mentre i romani chiam
interdictum possessorium un solo interdetto di cui tratta G
IV, *115*. Una sola volta si trova usata in un senso gener
cioè nella *l. 20*, *de servitutib.*; ma di passaggio ed occasio
mente, lo che è ben lungi dal provare che fosse tecnica
questo medesimo senso. Inoltre anche Giavoleno in *d. leg.*
nel qualificare gl'interdetti *de itinere* e simili (§ 762, n. 1)
« veluti *possessoria* », adopera quest'ultima parola con
generalità, che c'indica esservi presa con significato co

spondente a quello adottato nella tripartita divisione [1]. Perciò non poteva simil parola servire di titolo alla presente sezione per le identiche ragioni esposte per escludere da tal officio la divisione medesima.

§ 605.

Avverto in fine, che tanto nella romana divisione d'interdetti *adipiscendae*, *retinendae*, *recuperandae possessionis*, quanto nel presente nostro trattato degl'interdetti che regolano direttamente il possesso, la parola *possesso* va presa così da comprendere il naturale, che pur esso è, e si chiama possesso (§ 99). Giacchè il possesso si dice solamente naturale, quando il dritto positivo non gli dà effetti: non è necessario per dirlo tale, che la legge non lo curi in alcun senso, e non se ne occupi affatto (cf. § 98) [1]. Quindi nella teoria degl'interdetti là solo è escluso il possesso naturale, ed unicamente il civile è possibile, quando si riguarda il possesso come causa d'interdetti, ossia questi sono considerati come effetti del possesso: dappoichè non è il possesso naturale ma soltanto il civile che possa produrre civili effetti, e le due speci di possesso da ciò si distinguono. Ma laddove il possesso è riguardato unicamente come scopo degl'interdetti, o con maggior estensione come nella divisione romana, o con estensione minore come nella nostra presente trattazione; non v'è ragione alcuna per escludere il naturale. Ciò apparisce da Paolo *d. l. 2, § 3, de interd.* Dando gli esempi degl'interdetti *recuperandae* dice « Recuperandae possessionis causa proponuntur sub rubrica Unde vi ». *Proponuntur* in plurale; dunque comprende non il solo *de vi* semplice, ma anche l'altro *de vi ar-*

---

[1] Savigny nega agl'interdetti *adipiscendae* il nome di possessorii: ma lo accordano altri, come Machelard *pag. 59, seg.*

[1] Così vedemmo spiegando la *l. 15, § 1, de cond. indeb.*, che anche la *condictio possessionis* può avere per oggetto il possesso restituito ingiustamente per causa di supposto deposito, ossia il possesso naturale; l'unico che si attribuisse colui che credevasi depositario, l'unico perciò che cadde nella detta restituzione (§ 378).

mata, nel quale il possesso è preso in tutta la sua amp
ed indifferentemente pel civile o pel naturale. — Pertanto
prendendo la tripartita romana divisione tutti gl'inte
che hanno per scopo il possesso anche oltre i confin
nostro trattato, è mestieri, onde procedere con esattezz
esaminiamo i singoli interdetti contenuti ne' tre membri
divisione medesima. Vedremo se in ciascuno manchi od
quel carattere suddescritto, necessario a riportarli al
trattato. Se troveremo che manca, non ne faremo piena
gazione. Se ravviseremo che esiste, ce ne occuperem
diffusamente. Tratteremo prima degl'interdetti i quali
feriscono al possesso, poi di quelli che alla *juris quasi pos*

CAPO SECONDO

De' singoli interdetti che riguardano il possesso.

Questo capo sarà diviso in quattro articoli. Il primo degli interdetti *adipiscendae possessionis*, il secondo de' *retinendae possessionis*, il terzo dei *recuperandae possessionis*, il quarto dei duplici nel senso della *l. 2, § 3. ff. de interdictis*.

Articolo Primo

Gl'interdetti adipiscendae possessionis

Quorum bonorum

§ 606.

Molto si disputa sull'interdetto *quorum bonorum*, così chiamato dalle prime parole dell'editto che lo propose, se nella purezza della sua natura, ed al tempo della giurisprudenza classica, sia diretto a decidere del solo possesso o dello *jus*, ossia, come sogliono dire gli scrittori (§ 604), se sia interdetto possessorio o petitorio. Il rispondere a tal questione non è punto agevole per la scarsezza delle relative fonti; ed è misto intimamente coll'indagine sull'origine e natura della *bonorum possessio*, famosa anch'essa ed agitata assai. Pertanto anche di questa indagine dovremo occuparci con sufficente ampiezza; solo badando a non escire dal nostro campo, e limitandoci alla esposizione di quelle opinioni che conducono a risultati diversi quanto al nostro interdetto *quorum bonorum*. — Sulla proposta quistione mi accosto volentieri a quei molti e gravi scrittori, i quali pensano che all'età della classica giurisprudenza il *quorum bonorum* persegua il solo pos-

sesso. Non però devo dissimulare come tale opinione sia
contradetta da Savigny *Zeitschr. f. gesch. RW. V, pag*
segg., il quale ha difeso, che all'età classica il *quor. bon.*
petitorio. E come tale assunto sia pur quello di Fabr
prima nel *Rhein. Mus. IV, 204, segg.*, e poi nella sua
sprung und Entwicklung der b. p. bis zum Aufhören des ord
dicior. privator., *pag. 197, segg.* Savigny quanto alla *bon. p*
sio si tiene nel punto di partenza all'antica opinione,
dessa sia stata introdotta *supplendi* e *corrigendi juris civilis c*
Essere stato proposito del pretore il dare a taluni cong
del defunto, esclusi dal dritto civile (i figli emancipati, i
gnati) le utilità medesime che ha un erede *ab intestato.*
gli ammessi alla *bon. possessio* conseguivano tali utilità
mezzo della seguente *pro herede usucapio* quanto ai corpi
ditarii, e quanto agli ereditarii diritti per mezzo di azion
tizie. Ma che quanto ai corpi, se una terza persona ne
venuta al possesso, l'ammesso alla *b. p.* aveva l'interdet
b. per toglierle il possesso medesimo e trasferirlo in se.
giunge Savigny, che, introdotto poscia il dominio *in bon*
dato ai *b. possessores* di godere della proprietà anche p
di usucapire. Che allora s'incominciò a riguardare come
in dritto la *b. p.* e la *hereditas*; allora si diè la *possessori*
reditatis petitio; allora l'interdetto *q. b.* ebbe la stessa effic
della *hereditatis petitio*, dalla quale ormai non differiva
nella procedura. Così conchiude, che da quel tempo l'in
detto *q. b.* valse ad ottenere la ricognizione del gius e
tario.

§ 607.

Contro questa teoria di Savigny non direi con Leis
pag. 323, e con Machelard *pag. 59, seg.*, che essa è incon
tibile collo essere il *q. b.* un interdetto *adip. possessionis.*
poichè vedemmo (§ 601) esservi interdetti *adipisc. possess*
non diretti al solo possesso. Ma credo, che contro la d
teoria si possa argomentare nel modo seguente. La *heredi*
petitio possessoria restò distinta dall'interdetto *q. b.* sostan

mente, almeno finchè rimase in vigore una buona giurisprudenza. Poichè la *hereditatis petitio* tende per se e di sua natura ad ottenere definitivamente il complesso dell'eredità: mentre il *q. b.* tende di sua natura al possesso temporaneo, a nulla di definitivo. Lo che è tanto vero, che nell'età classica esistevano certo ancora *bonor. possessiones sine re*; ora il *q. b.* si dava costantemente a chi *agnoscebat* una *b. p.* ogni qual volta avessero a possedersi de' corpi ereditarii [1]. È per questo, che Gajo *IV, 144*, mentre definisce chi sia tenuto, come possessore *pro herede*, coll'interdetto *q. b.*, enumera non solo colui che « putat se heredem esse » ma anche colui che « heres est ». Ma Ulpiano trattando della H. P. nella *l. 11, pr. de H. P.* dice « Pro herede possidet, qui putat se heredem esse » e niun altro. Onde apparisce che Gajo aggiunge quanto al *q. b.* quella espressione « qui heres est », appunto perchè il *q. b.* non è definitivo, e non impedisce che la *b. p.* possa esser resa *sine re;* mentre Ulpiano non poteva aggiungerla nel suo trattato d'una azione ove si discute definitivamente del dritto. Inoltre la equiparazione del *q. b.* colla H. P. apparisce erronea anche da ciò, che con quello sono tenuti i soli possessori de' corpi, e non già i debitori ereditarii, lo che anche pel suo tempo viene affermato da Paolo *l. 2, q. b.* Ma la H. P. può ne' giusti aggiunti essere esercitata anche contro debitori ereditarii, *l. 13, § 15, de H. P.* [2]. Nè mi sembra che ben si argomenti il Fabricius [3] a sostenere, che lo essere stato ammesso l'esercizio della H. P. contro i debitori ereditarii i quali si ascrivessero il gius ereditario, sia stata un'eccezione poco logica; aggiungendo di non voler decidere se non forse valga altrettanto nel *q. b.* Oltre che non è punto vero, che la descritta ammissione di esercizio della H. P. sia illogica [4]; certo non è comune coll'interdetto nostro, onde riman sempre che la differenza fra

[1] Leist *I. 322, e not. 13,* Machelard *pag. 69.*

[2] Rosshirt *Erbrecht pag. 267,* Leist *I. pag. 309, seg.,* Machelard *pag. 61.*

[3] *Rhein. Mus. IV, pag. 205;* ved. anche *pag. 176, no. 14.*

[4] Su questo punto cf. Leist *I. pag. 310, segg.*

quell'azione e questo interdetto non era meramente processuale. Chiare le parole di Paolo *d. l. 2.* « Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur »; e per eliminare ogni dubbio prosegue « sed tantum corporum possessores ». Nè osta, che Ulpiano *l. 1, § 1, eod.* dica « Hoc interdictum... ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet ». Questa tesi, ripetuta da Ulp. stesso *l. 1, pr. vers. Quae autem, de interdict.*, significa che l'interdetto *q. b.* non persegue il possesso delle singole cose come singole, ma si dirige alle cose come appartenenti alla massa dell'eredità, su cui la *b. p.* ha dato all'impetrante i poteri di fatto; come meglio dichiareremo in seguito: in somma l' interdetto è concepito « *Quorum bonorum* ex edicto meo illi possessio data est: quod *de his bonis...* possides... id illi restituas » *d. l. 1, pr. q. b.* L'interdetto *q. b.* ha per oggetto i soli corpi, perchè solo questi possono essere posseduti, e il *q. b.* al solo possesso è diretto. Il resto de' cespiti ereditarii viene perseguitato colle *fictitiae actiones*, come vedremo.

§ 608.

Schmidt *pag. 94 seg.*, mentre dice non esser suo còmpito il trattar pienamente la questione sulla natura petitoria di questo interdetto, sostiene però, che l'unica e sola via per deciderla è di vedere qual prova nel processo di tale interdetto debba esigere il giudice per condannare il reo convenuto verso l'attore, cui fu data la *b. p.* Se cioè basti che consti essere la *b. p.* stata *agnita*; o debba il giudice investigare ancora sulla esistenza di tutte le condizioni necessarie per la giusta dazione della *b. p.* medesima. E conchiude dicendo, che nella proposta quistione la ricerca debba precipuamente rivolgersi a decidere cotesto punto — Analogamente a questa medesima idea, fra quegli scrittori, che negano esser petitorio il *q. p.* (e sono i più), molti si basano su ciò, che nel processo interdittale non si richiegga alcuna piena prova, ma una semiprova, una indagine *prima facie* e sommaria. Così Thibaut *Archiv. f. civ. Prax.* X, *pag. 456, segg.*,

Francke *Notherbenr. p. 89 segg.*, Löhr *Arch. f. civ. Prax. XII, p. 85.*, Arndts *Beiträge I, p. 108 segg.*, Mühlenbruch *Entw. des Civilpr. p. 205 segg.*, ecc.

§ 609.

Mi sembra che con molto miglior ragione Leist *I, pag. 386*, e Machelard *pag. 69*, pur sostenendo che nel *q. b.* si richiegga una piena prova, seguono di fronte a ciò a dirlo non petitorio. La *b. p.* era generalmente data dal pretore *de plano* o *sine causae cognitione*: per lo che la sola agnizione e dazione di essa non bastava a porre in chiaro se fosse stata *agnita* e data a ragione o a torto, ossia secondo l' editto o no. Ma quando in seguito della data *b. p.* si trattava dell' interdetto *q. b.*; andando le parti colla solita procedura degl' interdetti al giudice, l' impetrante era tenuto a dimostrare, che l' avversario non cedendogli il possesso delle cose ereditarie commetteva vera disobbedienza al pretore. Nè ciò poteva dirsi provato, se non fosse dimostrato, che la *b. p.* precedentemente all' impetrazione dell' interdetto era stata *agnita* secondo le vere intenzioni dell' editto pretorio. Pertanto bene sostengono dopo Savigny il Leist ed il Machelard [1], che la prova nel *q. b.* non è sommaria non è semiprova quanto alla *b. p.*; questa doveva risultare nel processo interdittale bene e pienamente stabilita [2]. Ciò è provato dalla nota *l. 1, C. q. b.* dove Severo ed Antonino rescrivono, che chi *agnovit* la *b. p.* in qualità di figlio, non vincerà nel *q. b.* se non proverà d' esser figlio realmente e d' esser stato come tale veramente ammesso alla *b. p.* [3]. E forse all' istesso mirano

---

[1] Ed anche Bethmann *Civilprozess II, pag. 250.*

[2] Se dallo esame si aveva un risultato contrario all' impetrante, la *b. p.* diventava irrita. Lo che però è ben differente dalla *b. p. sine re.* Già Löhr *Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. III, pag. 284 segg.* segnò la distinzione fra la *b. p.* che si ha per non data perchè l' *agnoscens* non è riuscito nel *q. b.*, e la *b. p. sine re.*

[3] Tornerò su questo testo § 639. — Il Leist credendo, che fino dall'epoca dell' agnizione si dovessero provare tutte le condizioni espressamente ri-

Diocleziano e Massimiano *l. 2, C. eod. tit.* quando per ammettere la persecuzione de' beni « secundum interdicti quorum bonorum tenorem » impongono la condizione « Si... *recte* petita bonorum possessione quaesisti successionem » — La *l. 1, C. Th. q. b.* riportata in gran parte nella *l. 3, Cod. Iust. eod.*, non prova la sommarietà del nostro interdetto, perchè esclude soltanto la questione di dominio [4]. Nè la prova tampoco la *l. 22, C. Theod. quor. appellation.*; cf. § 633. — Ma se nell' interdetto *q. b.* è discussa pienamente e dimostrata nell' impetrante la qualifica di *b. possessor*; v' è però del tutto esclusa ogni opposizione dell' avversario pel dritto della eredità secondo il gius civile, *Gaj IV, 144*. Ond' è, che, riguardata la schietta indole del *q. b.* questo lascia intera la questione del dritto propriamente detto, e chi fu vinto in esso può in seguito proporre tal questione esercitando come erede civile la H. P., e vincere nella medesima.

§ 610.

Abbiamo escluso l' opinione di coloro che sostengono il *q. b.* essere petitorio; ed accettato dai difensori della opinione contraria quegli argomenti che ci parvero giusti, permettendoci di rifiutare come inconcludente quello preso dallo esser il *q. b.* interdetto *adipiscendæ,* e come erroneo l' altro dedotto dallo esservi contenuta una prova meramente sommaria. È necessità che ne rifiutiamo un terzo ancora recato dal Machelard difensore, come vedemmo, della possessoria natura del nostro interdetto. E dobbiamo farlo con grande accuratezza: perchè avendo mostrato la opinione nostra essere che il *q. b.* per sua schietta natura regola il solo possesso, dobbiamo trattarlo con giusta larghezza; ora l' esame del cennato ar-

---

chieste nell' editto per la *b. p.* (« bedingenden » *I, pag. 179*), e che nel processo interdittale si compisse la discussione di altre prove che esso chiama distruttive (« vernichtenden » ibid.) dà alla *l. 1, C.* una interpretazione su circostanze affatto speciali, *I. p. 391.*

[4] Su questa costituzione tornerò § 633.

gomento di Machelard è la via, che ci conduce appunto ad una più intima indagine dell'interdetto medesimo, e ad una più larga esposizione delle nostre vedute. Il Machelard prende il suo ragionare dall'origine della *b. p.* Fra i moderni scrittori non pochi abbandonano l'antico pensiero che la *b. p.* sia stata introdotta *supplendi* e *corrigendi juris civilis gratia*, e sostengono che piuttosto sia stata indotta *adjuvandi juris civilis gratia* [1]. Nello spiegare si separano grandemente fra loro. Un di essi, il Fabricius, nella sua opera scritta su questa materia, *Ursprung und Entwich. der b. p.*, ha pensato che la *b. p.* originariamente non fosse altro che una regola del processo vigente sul dritto ereditario; ossia l'attribuzione del possesso, la dazione delle vindicie, durante la controversia sull'eredità. Che dalla dazione delle vindicie nella R. V. differisse in questo, che mentre nella R. V. le vindicie erano date a colui che già possedeva senza vizio, nella H. P. erano date a certe determinate classi di persone, ossia a coloro i quali aveano per loro l'apparenza d'essere veramente gli eredi civili, e che, durante il processo sulla eredità, eran preferiti a qualunque terzo possessore, che questo appunto era il contenuto dell'editto sulle *bon. possessiones* [2]. Soggiunge che in età seguente fu data la *b. p.* anche ad altre persone non chiamate alla successione civile, come ai cognati ed ai conjugi *(supplendi juris civilis gratia)*, e dopo al tempo di Augusto anche ai figli emancipati (*corrigendi juris civilis gratia*). Secondo Fabricius la *b. p.* in questo altro stadio perdette affatto il carattere di dazion di vindicie; dice che pure gli eredi civili potevano *agnoscere* senz'anche aspettare la istituzione di una

---

[1] Però seguono alcuni a sostenere che la *b. p.* sia stata introdotta *supplendi*, ed alcuni anche ritengono l'introduzione *corrigendi juris civilis causa*. Vedemmo di SAVIGNY § 606. Si aggiungano HUGO *Rechtgesch. 5ª. ediz. § 201*, GLÜCK *Intestaterbfolge pag. 307, segg.*, ROSSHIRT *Erbrecht pag. 267, segg.*, LEIST *I, pag. 83, 137.*, WINDSCHEID *§ 532, no. 4*, MAYNZ *§ 44, no. 27.*

[2] Vedremo però § 627, che FABRICIUS *pag. 59* dice essere stata anche negli antichi tempi adoperata talvolta la *b. p.* per scopo diverso dalla dazione delle vindicie.

lite — Alla suesposta dottrina sulla origine della *b. p.* diversi scrittori in Germania più o men pienamente sottoscrivono; così Vangerow *Lehrb. II, § 398*, Dernburg *Beiträge zur Gesch. der röm. Test.*, ed altri. Anche Machelard accetta pienamente questa designazione della origine della *b. p.* e ne fa argomento per provare, che la questione nell'interdetto *q. b.* è circoscritta al possesso, *pag. 61 segg.* Infatti se fosse vero che la *b. p.* nel suo carattere originario attribuisse il possesso pendente la lite sul gius ereditario, non v'è dubbio che il *q. b.* che era il modo di metterla in esecuzione, solo al possesso originariamente si riferisse — Ma oltrechè questo argomento non proverebbe per l'età classica, alla quale i controvertenti scrittori mirano tutti nella nostra questione [3]; credo non buona la storica esposizione. Cioè credo inesatto, e che in genere la *b. p.* fosse introdotta solo *adjuvandi juris civilis gratia*, e che in ispecie la *b. p.* ed il *q. b.* avessero nella loro origine la destinazione di regolare il processo durante la lite di petizione d'eredità [4].

§ 611.

Ed in primo luogo mi sembra non esser vero in genere, che la *b. p.* sia stata indotta soltanto *adjuvandi juris civilis gratia*. Le poche dirette testimonianze, che l'antichità ci ha lasciate, sono opposte a tal supposizione. Principia Giustiniano nelle istituzioni il titolo *de bonorum possessionibus* colla tesi « Jus bonorum possessionis *introductum est* a praetore emendandi veteris juris gratia »; benchè ammetta che *bon. possessiones* siano in uso anche *juris civilis confirmandi gratia, vers. Aliquando tamen* (ved. § 624). Con costanza, che è carat-

---

[3] Tanto vero, che lo stesso FABRICIUS crede, siccome esponemmo § 606, che il *q. b.* « in seiner spätern völligen Ausbildung » equivalesse pel *bonorum possessor* alla H. P. per l'erede civile, *Rh. Mus. IV, 210, seg.*

[4] Già disputano contro l'opinione di FABRICIUS sulla originaria destinazione della *b. p.* e del *q. b.*, LÖHR *Magaz. IV, p. 408.*, HUSCHKE *Richtersche Iahrbüch. 1839, I, pag. 6, segg.* e LEIST *prefaz. pag. XXIX seg. not. 19.*, e più estesamente *I, pag. 126, segg.*

tere di certa convinzione, dice nel *§ 3, I. de legit. agn. success.* che il correggere il dritto civile entrò nelle mire che i pretori si proposero nel porsi all'opera degli editti relativi alle successioni « Praetores paullatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive, quod deerat, supplentes humano *proposito*, alium ordinem suis edictis addiderunt ». E quantunque non così esplicitamente si esprimano i commentari di Gajo, pure chi esamini come nel comm. 3° il *§ 25* succeda agli antecedenti, troverà armonia colle nostre vedute. Poichè Gajo comincia in esso *§ 25* a parlare delle *bon. possessiones* immediatamente dopo avere esposto dal *§ 18* fino al *§ 24* quanto ristretto fosse il dritto delle dodici tavole sulle successioni intestate; si esprime così « Sed hae juris iniquitates edicto praetoris *emendatae sunt* », e segue ne' paragr. successivi ad esporre le correzioni fatte negli editti sulle *bon. possessiones.* Esplicito finalmente è Teofilo *ad pr. I. de b. p.* « ὁ πραίτωρ ἐπενόησε (excogitavit) τὰς διακατοχὰς, δι' ὧν ποτὲ μεν ἀνορθοῦται τὸ πολιτικόν, ποτὲ δὲ ἐναντιουται »

§ 612.

Soggiunsi che ritengo essere falso in ispecie, che la *b. p.* fosse introdotta per regolare il possesso frai litiganti sulla eredità civile. Gajo *III, 34* avea detto che alla *b. p.* sono chiamati anche gli eredi civili, i suoi eredi, gli agnati; e segue « quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cujus principium est *quorum bonorum,* uti possit, cujus interdicti quae sit utilitas, suo loco proponemus: alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili » [1]. Nel luogo, al quale ivi si riporta, cioè nel *comm. IV, 144,* descrivendo l' utilità del *q. b.* dice che la sua forza e potestà consiste nella restituzione de' beni

---

[1] Simile a quello di Gajo è il parlare di Paolo *Collat. leg. Mosaic. XVI, 3, 5,* che a' suoi eredi « bonorum possessio nisi propter praetoriam actionem non erit necessaria ».

da farsi a colui cui fu data la *b. p.* Se l' origine storica dell'interdetto fosse stata assolutamente quella di regolare il possesso fra eredi civili, Gajo non avrebbe taciuto questo gravissimo punto nell' uno e nell'altro paragrafo. Come quando parlando poco dopo il *d. § 144*, cioè nel *§ 148*, dell' *uti possidetis* e dell' *utrubi*, punto non tace, che « comparata sunt » appunto per regolare il possesso durante la lite sulla proprietà di qualche cosa. Ostano inoltre a quella opinione di Fabricius e suoi seguaci i confini che avevano la *b. p.* ed il *q. b.*; ed ancor più ostano quelli più ristretti, che gli scrittori medesimi vogliono dar loro. Il *q. b.* è interdetto *adipiscendæ*, così che « ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem » *Gaj. IV, 144.* Inetto quindi a dare un giusto e idoneo criterio per attribuire il possesso fra due litiganti. Poichè il reo convenuto, già possessore, mai avrebbe potuto vincere nell' interdetto, ed aver le vindicie; e se per avventura l' attore avesse una volta posseduto e poi perduto il possesso, nè l' uno nè l' altro avrebbe potuto aver la vittoria e le vindicie. Inoltre i detti scrittori sostengono, come vedemmo, che la *b. p.* fu introdotta solo *adjuvandi juris civilis gratia*, a vantaggio de' soli eredi civili, ossia (come meglio esporremo in seguito esaminando un luogo di Cicerone da essi invocato) primieramente a chi proferisse tavole testamentarie per se, e, se tavole non fossero proferite, a chi era chiamato erede *ab intestato.* Poniamo, che alcuno possegga le cose ereditarie senza nè avere per se le tavole nè esser chiamato *ab intestato*, che gli eredi *ab intestato* muovangli controversia di eredità, e che intanto apparisca un terzo, il quale proferisce un testamento a se favorevole. O nell' interdetto non vincerebbe alcuno, a niuno s'avrebbero a dar le vindicie; o converrebbe dare la vittoria ad un terzo estraneo alla quistione, e attribuire a lui le vindicie contro il concetto delle liti e delle vittorie, contro ciò che dice Gajo *IV, 16* « Praetor *secundum alterum eorum* vindicias dicebat » [3]

---

[3] Giusta osservazione di Leist *I, 128, n. 8.*

§ 613.

Vediamo quali argomenti arrechino per la loro sentenza gli scrittori, contro i quali ci troviamo. Löhr, uno dei difensori della origine della *b. p.* soltanto *adjuvandi juris civilis gratia*, nell'*Archiv. f. civil. Prax. XII*, *fasc. I*, *num. VI*, oltre alcune vaghe riflessioni alle quali già rispose Rosshirt *Erbrecht p. 265, seg.*, dice che quando il pretore dette la *b. p.* ed il *q. p.* agli emancipati, lo fece rescindendo la emancipazione; lo chè secondo lui significa, che già per lo innanzi ne avea provveduto il *suus*. Rispondiamo, che in verità quella rescission di emancipazione significa, che *b. p.* e *q. b.* erano dati pure al *suus*, e che il pretore nel darli anche all'emancipato avvicinò questo in qualche modo al concetto del *suus*, come più largamente esporrò § 628; ma non prova per nulla, che prima fosse provveduto al *suus* e poi all'emancipato, e non piuttosto contemporaneamente ad ambedue. — Negli *Heidelberg. Jahrbüch. der Litterat.*, dove l'opinione di Löhr viene molto lodata, si aggiunge un altro argomento preso dalla *l. 1, pr. § 6. de b. p. c. t.*, di cui ci occuperemo più opportunamente nel § 630.

§ 614.

Resta ad esaminare il principale appoggio, che allegano gli scrittori medesimi per la loro opinione tanto sull'origine in genere della *b. p.* e del *q. b.* che siano stati introdotti solo *juris civilis adjuvandi causa*, quanto sulla loro destinazione in specie di regolare il possesso durante il processo della petizione di eredità. Consiste in alcuni passi di Cicerone *in Verr. II, l. 44-46*. Onde formarsi idee giuste, conviene parlarne con qualche esattezza. Cicerone, dopo avere esposto ne' *cap. 41*, *segg.* un passo dell'editto di Verre, col quale costui aveva, a detto dell'oratore, violato per corruzione il dritto e la giustizia in occasione del testamento di un P. Annio Asello; passa ad esporne un altro; nel quale parimenti per corruzione Verre avrebbe violato l'editto tralatizio nella occasione della successione di un tal Minucio. La fattispecie era questa. Era morto,

avanti che Verre fosse pretore urbano (a. 679), cotesto Minucio; nè testamento di lui era veruno. Esistevano alcuni *gentiles* del medesimo. Un tale, che neppure era erede *ab intestato*, si pose al possesso delle cose ereditarie, e così era in condizione d'usucapirle *pro herede*. Intanto Verre diventava pretore; e, come Tullio sostiene, era da costui corrotto colla stessa sostanza ereditaria, onde nel formare l'editto vi ponesse alcuna cosa su cui il corruttore trovasse appoggio. In verità, dice Cicerone, stando all'editto tralatizio, sarebbe stato giusto il cedere il possesso alla *gens Minucia*. Poichè (e ciò apparisce dal congiungere il fine del *d. cap. 44* col *d. cap. 45*, *circa med.*) nell'editto tralatizio era detto « Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Si tabulae testamenti non proferentur, tum, uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum hereditatis possessionem dabo ». Nel caso non erano per allora proferite tavole di testamento; dunque il possesso dovea darsi alla gente Minucia, perchè chiamata *ab intestato* dalle dodici tavole « Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento » *Collat. leg. Mosaic. XVI*, *4*, *2*. Che se in seguito fosse comparso alcuno ed avesse voluto sostenere di aver per se un testamento; dice Cicerone, che ben lo avrebbe potuto. Ma Verre per favorire il corruttore, com'è l'assunto dell'oratore, fece nel suo scritto due mutazioni. La più grave, contro la quale Cicerone si scaglia con veemenza, è che cangiò l'ultimo periodo dell'editto tralatizio così « Si tabulae testamenti non proferentur, ei dabo possessionem, qui se dicat heredem esse. ». Chiara vi scorge Cicerone l'ingiusta mira di Verre. Un'altra mutazione fu fatta da Verre in principio, aggiungendo alle parole « Si de hereditate ambigetur » le altre « si possessor sponsionem non faciet » [1]. Qui è più difficile

[1] Preferisco con sicurezza questa lezione che è delle più antiche edizioni di Cicerone; poichè la spiegazione che le daremo ottimamente conviene a quel che soggiunge l'oratore nel *cap.* 44 « Jam quid id ad prae-

il comprendere in che potesse consistere il peccato di Verre. Variano Fabricius *pag. 30*, Huschke *Richt. Iahr. 1839*, *fasc. I*, *pag. 10*, Leist *I*, *130*, *segg.*, ecc. Mi par buona la spiegazione proposta da Leist *loc. cit.* e *pag. 232 seg.*, presa in parte da Huschke. Nell'editto tralatizio il capo, che sopra abbiam riportato per intero, era sotto il titolo espresso nell'editto medesimo « Si de hereditate ambigetur ». Dopo ve n'era uno che avea per titolo « Si possessor sponsionem non faciet »; riguardante il caso, che colui, il quale fosse costituito possessore secondo le antecedenti disposizioni di esso editto, si ricusasse poscia di difendere in una controversia d'eredità che gli venisse in seguito intentata colla H. P. [2]. Verre cumulò i due titoli trasportando il seguente nel primo. E ciò, secondo l'ac-

---

torem uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oportet? Ergo quia possessor est non moves possessione: si possessor non esset, non dares: nusquam enim scribis, neque tu aliud quidquam edicto amplecteris, nisi eam causam, pro quo pecuniam acceperas ». — GRUTERO legge « et possessor sponsionem non faciet »: che non muta. — Però ASCONIO PEDIANO nelle *Explanationes* dice « Subauditur *est*, h. e. Si possessor est, sponsionem non faciet ». L'autorità di Asconio è seguita da PAOLO MANUCIO nelle sue *Explanationes*, il quale nota « Si possessor est, non litigabit, quod sponsione fieri solet. » Onde esso Manucio, come anche qualche recente edizione, leggono il passo di Cicerone interpungendo così « Si possessor, sponsionem non faciet ». Ma così non può intendersi alcun mal proposito o torto in Verre su questo punto. Giacchè lo « sponsionem facere » significa, è vero, presso Cicerone « litigare », ma litigare come attore e non come reo convenuto, lo che apparisce dalle altre parole *d. c. 44.* « Si quis testamento se heredem arbitraretur... sponsionem faceret ». Ora è tanto chiaro che il possessore non abbia ad agire, che non sarebbe stato torto il ripeterlo, anzi lo enunciarlo non avrebbe recato nè danno nè utilità. Quanto ad Asconio è anche da avvertire, che quantunque egli vivesse non molto dopo Cicerone, pure ai suoi commentari, come ci sono pervenuti, non si può prestare una certa fede; mentre, oltre allo esser mutilati ed imperfetti, presentano quà e là cose men latine ed inserite da mano imperita, siccome osserva HADRIANUS CARDINALIS nel l. *de modis latine loquendi*.

[2] Cf. § 616, e 747. — Agli argomenti di HUSCHKE e di LEIST, desunti dalle parole di Cicerone, si unisca l'esempio, che per simili ipotesi in altre azioni *in rem* trovansi titoli speciali anche nei libri dei giureconsulti, *l. 45*, *de damn. inf.*, *§ 92*, *fr. vat.* (§ 347).

cusa di Cicerone, per cominciare a servire alle viste del possore ingiusto che lo avea corrotto: poichè, mentre quel titolo messo al suo posto successivo si riferiva nell'editto tralatizio ai giusti possessi creati nelle disposizioni precedenti, messo prima poteva riportarsi ad ogni possessore di fatto, come tale e senza altro riguardo. Quasi che il possessore di fatto come tale non potesse esser rimosso dal possesso, nè perseguitato altrimenti che coll'azione civile di H. P.

§ 615.

Su questo luogo di Cicerone così ragionano gli avversari. Primieramente osservano, che l'ipotesi della *b. p.* descritta nell'editto tralatizio è « si de hereditate ambigitur » ora *ambigere* significa presso gli scrittori latini controversia fra' due: era dunque la *b. p.* col *q. b.* diretta a regolare il possesso fra due che litigassero o fossero per litigare in giudizio di petizione d'eredità. Inoltre notano, che in detto editto tralatizio riportato da Cicerone sono ammessi alla *b. p.* soltanto gli eredi testamentarii, e quelli che per legge sono chiamati *ab intestato*: onde conchiudono, che dunque la *b. p.* fu introdotta solo *adjuvandi juris civilis gratia*, solo in favore di chi fosse apparente erede civile. — Rispondiamo. Quanto alle parole « si de hereditate ambigitur » si potrebbero, anche accettando la spiegazione esclusivamente data dagli avversari all'*ambigere*, spiegare così, che non accennassero già a controversia sul gius ereditario, ma sul possesso dell'eredità; presa la parola *hereditas* in senso a que' tempi certamente usitato, vale a dire per i beni ereditarii e loro possesso. Precisamente come si deve prendere la seguente espressione « hereditatem dabo ». Siccome (lo vedremo in seguito) non tutto l'editto tralatizio delle *b. possessiones* è riportato da Cicerone, si potrebbe dire che probabilmente erano esposte in altri precedenti capi le chiamate alla *b. p.* senza esservi espressamente descritto l'ordine fra loro, e che ciò si facesse precisamente nel capo seguente, riportato dall'oratore, con metodo non insolito neppure ai moderni legislatori. Il pretore dopo aver nell'editto trala-

tizio fatte semplicemente le chiamate, avrebbe pensato al caso in che potesse esser chiesta da più de' chiamati la *b. p.*, nel qual caso bisognava stabilire chi fosse da preferirsi. Verre, accordatosi col possessore dell'eredità suo corruttore che alla prima richiesta di *b. p.* per parte de' gentili di Minucio si sarebbe esso possessore presentato a chiederla anch'esso asserendosi semplicemente erede testamentario, avrebbe messe le mani in questo capo dell'editto tralatizio; e vi avrebbe fatta quella ingiusta sua mutazione, per la quale tra coloro che dovessero vincere in controversia di possesso intruse chi « se dicat heredem esse ». — Se non che ben preferisco di rispondere più recisamente, negando a dirittura che nell' « ambigitur » il pretore pensasse a controversia sorta fra' due. Dappoichè se è vero che lo *ambigere* è adoperato dai latini scrittori anche in questione fra' due; pure, che nell'ampiezza del suo significato questa parola significhi ogni stato d'ambiguità e di dubbiezza, *ambigit nemo qui latine sciat.* Onde, come ben riflette Leist *I, p. 129*, sconciamente il pretore per designare la lite sulla eredità avrebbe adoperato una parola che abbracciava di sua forza ogni altra dubbiezza sull'eredità. Non dubito, che se il pretore avesse trattato nel capo in discorso di lite sull'eredità, vi avrebbe detto *Si de hereditate contendatur* o *disceptetur*, o *controversia sit* o *fiat* (come Gajo *IV*, *17*, e il pretore nell'editto carboniano *l. 1*, *pr. de carbon. edict.)*, o meglio *si certetur* secondo le cose che fra poco esporremo. Adoperò l' « ambigitur » perchè adattissimo alla natura della *b. p.* quale noi la descriveremo, che cioè consista nel costruire uno stato di fatto, corrispondente all'esercizio del dritto ereditario, a favore di certe classi di persone senza che queste provino d'essere veramente eredi; ove perciò si trova e si lascia la dubbiezza sul dritto ereditario.

§ 616.

Ma v' è di più ancora. Abbiamo dallo stesso Cicerone la confutazione di questa opinione, che per quel « de hereditate ambigitur » vuol legare la *b. p.* all'attribuzione del pos-

sesso durante la lite d'eredità. Nel *cap. 45* Cicerone descrivendo come l'affare di Minucio si sarebbe sviluppato secondo l'editto tralatizio, si esprime così « Si habuisset iste (Verres) edictum, quod ante istum, et postea omnes habuerunt, possessio Minutiae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret (cf. *Gaj. IV*, *31*, e *92-95*). Ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores nostri et nos semper usi sumus ». Adunque nell'editto tralatizio la *b. p.* era indipendente da lite sull'eredità. Giacchè prima dovea esser data la *b. p.* (« possessio esset data »); e solo dopo se un chicchesia (« si quis ») credesse di essere erede, poteva promuovere la controversia di eredità (de hereditate *certaret* »). Espressioni, che non possono conciliarsi colla suesposta ipotesi degli avversarii, che cioè già all'epoca della data *b. p.* fosse esordito certame sull' eredità, e, com'è naturale, questo vertesse fra determinate persone. Chiaro mi sembra, che, dopo esser state nel capo da noi discusso ed in altri (cf. § 626, segg.) descritte dall'editto tralatizio le chiamate alla *b. p.* e loro ordine, succedesse un altro capo ove era detto che *si ex causis suprascriptis bonorum* [1] *possessio ab aliquo accepta fuerit, tum si quis se heredem arbitrabitur, de hereditate certabit.* Al qual capo fosse congiunto anche quello « Si possessor sponsionem non faciet », di cui parlammo § 614.

§ 617.

Nè maggiormente prova per la tesi che la *b. p.* sia stata indotta solamente *adjuvandi juris civilis gratia* il vedere che nel capo riferito da Cicerone sono testualmente chiamati l'erede

[1] O *hereditatis.* Non credo, che a que' tempi si dicesse sempre tecnicamente « hereditatis possessio » come alcuno pensa: quantunque così venga chiamata da Cicerone nel nostro passo ed altrove. Le parole con cui fu dato l'interdetto « quorum *bonorum* » e un altro passo di CICERONE *ad familiares,* del quale parleremo § 633, provano contro. Vedi anche un altro luogo ne' *Cicer. Scholiast.*, *Orell. II*, *pag. 73*, ed un altro *pro Cluentio c. 60,* (§ 626.).

testamentario, e quello che « heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset »; quasichè dunque l'editto fosse solo per gli apparenti eredi civili. — In primo luogo il chiamato per testamento, secondo l'editto del pretore fin dal suo principio, non era l'erede testamentario del dritto civile. Ciò apparisce anche dallo stesso luogo di Cicerone, ove egli è descritto per colui dal quale siano in proprio favore proferite « tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet ». Il pretore non richiedeva la *mancipatio familiae* nè la *nuncupatio* necessarie solennità civili, e d'altra parte esigeva la *obsignatio* de' testimoni, solennità pretoria [1]. Insomma dava la *b. p.* su nuova forma di testamento, su testamento pretorio: e questo non è *adjuvare* il dritto civile, ma correggerlo. — Non devo dissimulare, che alla opinione una volta comune, che realmente il pretore creò una nuova forma di testamento su cui desse la sua *b. p.*, dichiarò guerra il Trekell *Tractatio de orig. atq. processu test. faction. praesert. ap. romanos 1739, p. 158 segg.*, sostenendo non esistere alcun pretorio testamento veramente diverso dal testamento civile; e che le ostilità sono riprese da Dernburg *Beitr. etc. pag. 213, segg.*, da Fabricius *op. cit. pag. 121 segg.*, largamente da Leist *I, pag. 113, segg., II, 1. pag. 51 seg.*, e da altri ancora [2]. In analogia di tale opinione esso Trekell e Leist *loc. cit.* asseriscono, che il pretore non tolse la necessità della *mancipatio* e della *nuncupatio* nel testamento, ma che si contentò delle formalità da lui richieste solo per poterne presumere che fossero state adempite tutte le civili solennità. Gli argomenti arrecati or da tutti or da alcuni de' citati autori sono i seguenti. Primo: Trekell *pag. 161 seg.* scrive così « Si praetor novum testandi genus induxisset, et secundum illud solemnitates juris civilis non fuissent necessariae: semper is, qui ex testamento praetorio obtinuit bonorum possessionem, debuisset cum effectu heres praetorius fieri. Verum hoc non factum est. Nam praetor ex testamento quidem quod septem testium signis obsignatum erat, dabat bonorum possessionem,

[1] Dell' « e lege oportet » parleremo fra poco.
[2] Altri però restano nell'antica dottrina. Cf. VALTER *§ 599, n. 16.*

licet vel mancipatio vel usucupatio defuisset: ast illa tunc non semper erat cum re, sive effectu: sed saepe sine re, si nempe is, qui ex jure civili heres erat, hocce testamentum impugnaret ». Rispondiamo: Dal non avere il testamento fatto colla forma prescritta dal pretore gli stessi effetti del testamento civile, non scende logicamente che dunque non fosse una forma nuova di testamento. Si concilia ottimamente, che ci sia un testamento pretorio, diverso dal civile; e che non abbiano ambedue gli stessi effetti. Che la *b. p.* la quale derivava da quello, fosse sovente *sine re*, non da altro discende se non che dalla genuina natura della *bon. possessiones* in genere, create (come meglio esporremo in seguito) a costituire uno stato di fatto e non un dritto ereditario. Anzi l'argomento si ritorce. Se il pretore non avesse voluto fin dal principio una nuova forma di testamento, ma solo un modo di presumere la esistenza delle solennità del gius civile, non si sarebbe potuta in alcun tempo sostenere la *b. p. secundum tabulas* allorquando fosse provata la non esistenza della *mancipatio* o della *nuncupatio*. Eppure sappiamo da Gajo *II, 120*, che a suoi tempi in tal caso la detta *b. p.* era *cum re*. Lo che, supposta la verità della tesi degli avversari, sarebbe stato travisare le intenzioni del pretore, non sviluppare l'editto ma corromperlo.

§ 618.

Un secondo argomento arrecato da Leist *I, pag. 169* è così concepito: Gajo ed Ulpiano parlano ambedue d'un sol modo di far valido testamento al loro tempo, cioè del testamento per mancipazione « hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est » *Gaj. II, 103*, « hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit » *Ulp. XX, 2.* La risposta è facile. Tanto Gajo che Ulpiano esponevano la storia dei civili testamenti, e avean detto, Gajo più diffusamente Ulpiano più concisamente, che si era principiato con far testamenti *calatis comitiis* e *in procinctu*, ai quali accedette poscia l'altro *per aes et libram*. Quindi negli opposti luoghi proseguono « Sed illa quidem duo genera testamentorum in

desuetudinem abierunt: hoc vero solum etc. » Gaj. *loc. cit.* « Sed illis duobus testamentis abolitis, hodie solum etc. » Ulp. *loc. cit.* In discorso storico sui testamenti civili non si occupano punto del pretorio — Un terzo argomento si trova anche in Leist *d. loc.* preso da *Gaj. II*, *147*, ove il testamento suggellato da sette testimoni è enumerato frai testamenti « non jure facta » e che « non per omnia inutilia sunt ». Dunque, conchiude Leist, neppure all'età di Gajo vi si ravvisava una nuova giusta forma di testamento. Ancor qui la risposta non è difficile. Appunto perchè la forma è pretoria, non si può dire fatto secondo il dritto civile il testamento che offra soltanto quella. Ed appunto perchè le *bon. possessiones* sono secondo la loro schietta natura *sine re*, e solo talvolta esse, ed in specie quella *secundum tabulas*, sono *cum re*, e perchè in ogni modo il testamento meramente pretorio mai dava gius ereditario e la civile H. P.; non si può dire, che il testamento onde si dà la *b. p.* sia utile in tutto e per tutto.

§ 619.

È un quarto argomento sul quale tutti insistono i nostri avversari, ed è preso dalla *l. 2*, *C. de b. p. s. t.* Gordiano imperatore rescrive ad un Cornelio « Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris nonnisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse, in dubium non venit. Verum si eumdem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito, doceri potest: jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est ». Ecco, dicono, per poter dare una *b. p.* secondo un testamento senza scrittura, in cui siano stati adoperati sette testimoni, l'imperatore si basa su ciò « testamentum jure civili factum videri ». Questo è inconcepibile se il pretore avesse richiesto sette testimoni, ed in genere stabilito la sua forma, per mutare sostanzialmente la forma civile, e non più tosto per presumerla osservata [1].

---

[1] È a tutti noto quanto discusso sia questo testo di Gordiano. V'è anche chi pretende esserne la lettura erronea in più siti. Così MAYER *Erbrecht* *p. 136, n. 5.*

Rispondiamo: Vedremo in seguito (§ 624), che all'epoca di Cicerone era adottata come necessaria anche la segnatura ne' testamenti civili scritti. Siccome poi le sette persone, adoperate anche ne' testamenti civili, erano sostanzialmente sette testimoni (§ 622), così potè ritenersi in questo senso, che ormai ne' testamenti civili scritti, oltre le proprie solennità, fosse contenuta pienamente la forma pretoria. Perciò fin d'allora la *b. p. s. t.* era cominciata ad essere data pure per tutti i testamenti civili scritti, e così anche *confirmandi juris civilis gratia*; lo che è espresso da Giustiniano nel *pr. I. de b. p., vers. Nam illis.* Ora anche Trekell *pag. 147*, *segg.* e Leist *p. 146*, *segg.* riconoscono, ed io riconosco con loro, che per dritto civile valesse un testamento orale ossia nuncupativo, anche nella seconda epoca del testamento *per aes et libram* [2]. Ossia che il testamento *per aes et libram* potesse farsi senza scritti ancora, solo con qualche modificazione indispensabile [3]. Pertanto allorchè fu

---

[2] Nella prima epoca del testamento medesimo non si può negare il costante valore del testamento nuncupativo (§ 631).

[3] Così nella formola della *nuncupatio*, che dovea esser concepita « Haec ita uti *dixi*, ita do, ita lego etc. ». — Quanto alla storia dei testamenti nuncupativi durante la seconda epoca del testamento *per aes et libram* è da osservare quanto segue. Abbiamo nella pienezza della classica giurisprudenza testimonianze di tal testamento valido per dritto civile, *l. 21, pr., § 1, l. 25, qui testam. fac. poss., l. 1, § 1, l. 58, pr. de her. inst., l. 20, § 1, de vulg. et pupill., l. 24, de test. mil., l. 20, de jur. codicill., l. 8, § 4, de p. b. s. t.* Però credo con Trekell e con Leist, che anche allora i testamenti nuncupativi fossero di gran lunga men frequenti degli scritti. E così spiegasi il silenzio, che relativamente a quelli si trova ne' libri elementari de' commentari di Gajo e de' frammenti d' Ulpiano. Anzi credo, che avanti alla giurisprudenza classica (sempre però nella seconda epoca del testamento *per aes et libram*) i testamenti nuncupativi fossero usati soltanto ne' casi assolutamente eccezionali, che l'urgenza della malattia non permettesse l'uso delle solennità relative alla scrittura. E così spiegherei, come Teofilo *paraphr. ad I. § 1, de test. ordin., vers.* ἐπειδὴ γὰρ ὁ *familiae emtor*, benchè esponga con dettaglio perchè e come il *familiae emtor* cessasse di essere l' istessa persona che l'erede; pure parlando della nuova forma che allora prese il testamento *per aes et libram* (quanto all'epoca anteriore ved. not. 2) accenna assolutamente all'esistenza delle tavole. Senza incolparlo d' inesattezza, come tante volte han fatto gli scrittori prima della scoperta de' commentari di Gajo che poi lo hanno giustificato. E così anche

proposta la prima volta la questione, se *b. p.* avesse a darsi secondo un testamento nuncupativo; l'abitudine già contratta in occasione delle ultime volontà scritte di dare la *b. p.* secondo i testamenti civili, condusse naturalmente ad affermare. Infatti Giuliano *l. 8*, *§ 4*, *de b. p. s. t.* fonda su questa supposizione, siccome indubitabile, la sua risposta. Quindi è chiaro come avesse a rescrivere Gordiano allorchè fu riproposta ad esso la stessa questione; chiara è la *d. l. 2*, *C.* Se ivi Gordiano riferisse il testamento nuncupativo al dritto civile in quanto esso presentasse la forma richiesta dal pretore isolatamente; allora l'argomento degli avversari sarebbe valido. Ma nel testo nulla si trova per farcelo credere. È da ritenere, che Gordiano nel *vers. Verum* lo dice fatto « jure civili » in quanto che l'uso fatto nel caso delle sette assistenti persone, sostanzialmente testimoni (d. § 622), si aggiungeva alle altre solennità civili [4], costituiva il complemento delle formalità richieste onde quel testamento valesse per civil dritto. L'imperatore parla della sola solennità delle sette persone, perchè era la questione sulla *b. p.* Rispondendo alla dimanda se una *b. p.* potesse darsi secondo il proposto testamento, comincia col dire, che propriamente non ha luogo la solita *s. t.*, perchè per essa si richieggono indubitatamente tavole segnate da sette testimoni. Poi soggiunge la riflessione, che però la presenza delle sette persone assistenti (« si eumdem numerum adfuisse... doceri

---

sono spiegate le parole di Teodosio e Valentiniano *Nov. Theodos. I, 9, § 1* « veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblatarumque eis tabularum perhibere testimonium postulabant ». Certo che la più antica testimonianza, che si abbia di testamento nuncupativo in questa seconda epoca del testamento *per aes et libram*, è quella di SVETONIO *Vita Horat. cap. ult.*; e lo storico parla così « Decessit V. Kal. Decembr. C. Mario Censorino et C. Asinio Gallo Coss. post nonum et quinquagesimum annum, herede Augusto palam nuncupato, quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas ».

[4] Si osservi, che Gordiano in *d. vers. Verum* si astiene dallo esprimere quanto alle persone assistenti la qualifica di testimoni; appunto perchè rivolgeva il discorso al testamento civile, ed in questo le sette persone assistenti non hanno tutte il nome di testimoni benchè ne abbiano la sostanza.

potest ») compie le validità del testamento per dritto civile; e conchiude, che dunque debba secondo le regole ormai ricevute aprirsi l'adito ad una *b. p.*, che sarà una *b. p. secundum nuncupationem*.

§ 620.

Non più felici credo che siano gli avversari, quando si pongono a spiegare specialmente la *obsignatio* richiesta nell'editto tralatizio dal pretore. Si dividono fra loro. Alcuni, come il Dernburg *pag. 131*, riconoscono che la segnatura sia d'origine pretoria. Fra questi v'è chi si argomenta di conciliare ciò colle proprie vedute sulla forma pretoria nel testamento, asserendo che il pretore richiese la segnatura onde far sempre più valida la presunzione che le solennità di dritto erano state adempite [1]. Ma è ben duro a concepirsi come s' imponesse la necessità di una nuova solennità al fine di presumer l'uso delle antiche. Per ingegnosi ripieghi non si toglierà mai, che il pretore senza la segnatura da se voluta non dà i propri effetti al testamento, benchè si presenti munito di tutte le forme civili; e che ciò non è presumer queste, nè *confirmare* o *adjuvare* il dritto civile. — Il Leist confessa, che lo ammettere la *obsignatio* come introdotta dal pretore, è ammettere una vera nuova forma di testamento pretorio. Quindi esso, seguendo Trekell, ritiene che piuttosto i suggelli anche nel civil testamento fossero necessarii [2]. Ma nello

---

[1] Anche Trekell fa questo tentativo *pag. 162. vers. Nimirum.* Ma subito dopo passa ad altre ben diverse idee che esporremo in seguito.

[2] Trekell riconosce che a' suoi tempi la general sentenza era contro di lui. Anche frai scrittori più recenti, oltre i cennati di sopra, sta per l'introduzione pretoria Huschke *Richtersche Iahrb. 1839, I. pag. 23.* — In questa occasione ricordo, che veramente già il Salmasio *Tractat. de subscr. et sign. testam. c. 20* dubbiosamente disse, che anche i testamenti di dritto civile *per aes et libram* dovessero essere suggellati; basandosi molto sulla parola « cerisque » della *nuncupatio*. Quasichè s'intendano le *cerae* esteriori, dove i suggelli fossero impressi. Non si comprende perchè si debba quella parola spiegare a questo modo, nè come si combini tale accezione colle parole immediatamente seguenti nella *nuncupatio* « scripta sunt ». L'opinione, che combattiamo, non ci sembra al certo nata sotto fausti auspici.

spiegare, il Trekell e il Leist si suddividono. Trekell sostiene, che da principio i suggelli non fossero necessarii, benchè usitati, ne' civili testamenti; che dopo esser stati domandati dal pretore quest'uso divenne assai più frequente, finchè all'epoca di Nerone divennero necessarii in forza d'un senatusconsulto. Questa spiegazione, che poco all'assunto concorda, è riprovata da Leist, il quale piuttosto crede che la segnatura sia stata sempre ne'civili testamenti necessaria, non per legge scritta ma per dritto di consuetudine [3]. Primieramente Leist parla lungamente dell'importanza de'suggelli all'effetto di assicurare dopo la morte la identità del testamento esibito allora con quello mostrato dal testatore ai testimoni [4]. Ma se ciò dà buona congettura per credere, che chi era più cauto adoperasse fino dagli antichi tempi la segnatura nel suo testamento, allorquando ravvisasse probabilità di frode; è ben lungi dal provare che subito si sviluppasse l'uso generale, e questo con convinzione di giuridica necessità: requisiti indispensabili per una vera *consuetudo*. Io credo, che le riflessioni dell'acuto Docente di Gottinga siano opportunissime per dimostrare, che il pretore, il quale nelle sue novità tien massimo conto de'costumi, allorchè rese per la sua forma di testamento necessaria la *obsignatio* ebbe a calcolo quel che i cauti facevano, e dei tempi, che corrompendosi rendevano ben più ordinarie le frodi. Come pure per confermare la verità dell'ulteriore sviluppo che esporremo in seguito, vale a dire dello avere poscia l'*obsignatio* preso posto nel campo delle forme civili. Nel punto, a cui Leist le volle spingere, mi sembrano per le fatte considerazioni congetture non fondate.

§ 621.

In secondo luogo Leist adopera il nostro passo di Cicerone seguendo, colle modificazioni necessarie per le sue proprie vedute, le traccie di Trekell che molto vi si era pur esso fondato *pag. 163*. Nell'editto tralatizio riportato da Cicerone si

[3] La sua ingegnosa dimostrazione ha sedotto anche WALTER *§ 598, num. 13.*

[4] Questo è accennato pure da TREKELL *pag. 163, fi.*

parla di tavole presentate « non minus multis signis quam e lege oportet »; dunque i *signa* eran già per legge necessarii [1]. — Per rispondere convenientemente bisogna far precedere una sufficiente esposizione delle intere mie vedute riguardo alla natura del testamento, su cui il pretore concedeva la *b. p. s. t.* al tempo di Cicerone. Era stata introdotta la seconda forma del testamento *per aes et libram* quale è descritta da Gajo, da Ulpiano, e da Teofilo. Il pretore ravvisò posteriormente, che alcune solennità di esse dispiacevano ai cittadini siccome troppo artificiose e prive di realtà: come avviene, che ai popoli pervenuti a maggiore maturità rincrescano quelle immaginose formalità, le quali ne'più giovani tempi eran piaciute. Mentre per converso notò l'uso de'più cauti nella segnatura, non richiesta dalla suddetta forma ma bensì dalla ragione di sottrarre i testamenti dalle frodi, sempre crescenti pel crescere di quella corruzion de'costumi onde pur declinavano le sorti latine. Nell'editto *de bonorum possessionibus*, dove (lo vedemmo § 611, e lo spiegheremo meglio in seguito) si propose principalmente di emendare il dritto sulle successioni per quanto le sue facoltà e la natura di esso editto lo permettevano, il pretore curò di emendare anche quest'inconvenienti. Promise la *b. p.* sopra una nuova forma di testamento: « Postea vero ex edicto praetoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est » *§ 2, I. de test. ordin.* Parole troppo chiare; sulle quali invano si argomenta Trekell cercando d'intenderle nel senso, che accidentalmente si possa dire introdotta una nuova forma dal pretore, in quanto che di fatto accadeva che avessero assistenza dal pretore de' testamenti veramente invalidi per dritto civile. L'imperatore tutt'al più avrebbe detto « Postea vero occasione edicti prae-

[1] Frai nostri avversari, alcuni di quelli che, come vedemmo, confessano essere la segnatura di origine pretoria, spiegano la apposta clausola dell'editto tralatizio, quasi che debba intendersi così « non minus multorum hominum, quam e lege oporteat, signis obsignatae ». Mi par questa non interpretazione della clausola, ma vera mutazione. Quando la legge non richiegga punto i suggelli, non può dirsi in verun conto: Con numero di suggelli non minore che la legge richiegga.

toris factum est, ut forma alia faciendorum testamentorum efficaciam quamdam haberet ». Mai poteva dire in questo senso introdotta la nuova forma dal pretore; mentre anzi, se il pretore avesse voluto solo introdurre un metodo per poter supporre la presenza reale di tutte le civili solennità, l'avvenimento rimarcato da Trekell si sarebbe verificato contro le vere intenzioni e le mire della fatta introduzione. Sarebbe come se per esprimere, che Giustiniano ha costituito *§ 11, I. de inut. stip.* doversi presumere per la verità dell'espressione fatta in un istromento sulla presenza delle parti nella stipulazione; si dicesse, aver Giustiniano introdotto una nuova forma di stipulazioni. Potendo quindi accidentalmente accadere, che di fatto abbia qualche effetto una stipulazione non composta in realtà secondo la nota regola della presenza. — Aggiungi le parole seguenti dell' imperatore *ib.* « jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur », e quelle d'Ulpiano *XXVIII, 6* « Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio, vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio datur», nonchè le altre di Paolo *Collat. leg. Mos. et Rom. XVI, 3, 1,* il quale parla di « jure praetorio facto testamento ». E questo costante modo di parlare ci deve persuadere, che il pretore non presume testamento fatto colle regole del dritto civile, colla *mancipatio* e la *nuncupatio*, ma dà la *b. p.* anche quando sia certo ed ammesso che manchi la *mancipatio* e la *nuncupatio*; non presumersi ma essere non curata dal pretore la forma civile: insomma essere un vero testamento pretorio.

§ 622.

E la pretoria forma fu la seguente. Primo, il numero settenario de' testimoni « testium numerus ex edicto praetoris » *§ 3, I. de test. ordin.* Però si deve ben avvertire, che qui il pretore colla sua ordinaria temperante prudenza non si allontanò del tutto dalle civili solennità. Poichè, come bene

pensa Leist *I. pag. 168* [1], anche nel testamento civile v'erano, oltre i cinque testimoni propriamente detti, il libripende che « testium numero est » *Gaj. II, 107*, ed il *familiae emtor* il quale dappoichè non era più il vero erede non poteva in quel testamento avere altra importanza che di testimonio. Sostanzialmente, benchè non nominalmente, il numero settenario de' testimoni era già compreso nel testamento civile.

§ 623.

In secondo luogo il pretore volle la nuova formalità della apposizione dei sigilli de' sette testimoni « cum jure civili signa testium non essent necessaria » *d. § 2, I. de test. ord.* « signacula autem... ex edicto praetoris » *d. § 3. eod.* Leist non sa trovar altro, che negar fede all'imperatore, cercando di provare l'inesattezza del suo storico racconto collo stesso § 3, ove crede, che Glutiniano si contradica dicendo « quod jus civile exigebat, septem testibus adhibitis », mentre subito dopo nell'istesso periodo il settenario numero de' testimoni ascrive al pretore. Azzardato assunto, mi sembra; quanto inferma l'accusa di contradizione, già troppo grave per esser credibile. Giustiniano che in *d. § 3* descrive le varie fonti di dritto, ond'era coll'andar de'tempi risultato il testamento scritto, dice nella parte anteriore « constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis etc. ». Esso, come apparisce, voleva dire che la solennità di unità di contesto, con cui i testimonii vanno adibiti, è del dritto civile. Siccome però contemporaneamente enunciava il numero settenario de' testimonii; così esprime la detta solennità non come derivante tutta propriamente dal dritto civile, appunto perchè il numero settenario dei

---

[1] Questa opinione medesima ebbe fautori nel secolo scorso, com'ebbe avversarii. La combattè con tutto il calore BERGMANN *Dissert. de num. septen. test. in testam.* sostenendo, che nello introdurre i sette testimoni il pretore non riguardasse punto alle solennità del testamento *per aes et libram.* I suoi argomenti sono stati vittoriosamente confutati da TREKELL *pag. 171, segg.*

testimoni propriamente detti non viene da questo, siccome or ora esponemmo; ed aggiunge la nota d'improprietà « quodammodo ». Ed è per evitare ogni equivoco, che da tal sua narrazione benchè vera potesse nascere nelle menti degli studiosi, che l'imperatore si prende la cura di ripetere subito dopo con precisione dal *vers. ita ut* al fine, quali solennità propriamente abbiano origine dall'antico dritto civile, quali dalle costituzioni imperiali, e quali dall'editto. E qui al dritto civile dà la sola presenza de' testimoni in genere, e l'unità del contesto; e riporta al pretorio il numero dei testimonii propriamente detti, e l'apposizion de'suggelli. Questa è diligenza, e non contradizione.

§ 624.

Ma la grave autorità del pretore non potè non influire nell'animo de'cittadini, che in seguito scrissero testamenti in forma civile. Abituati già da gran pezza a vedere suggellati i testamenti de'più guardinghi, e ciò con più frequenza all'epoca che immediatamente precedette l'editto (§ 620, 621), non poterono restare indifferenti avanti alla imponente autorità del pretore, il quale la solennità della segnatura giudicò necessaria nella sua forma. E se sappiamo da Giustiniano *d. § 3, I. de test. ordin.*, che « paullatim ex usu hominum » le solennità d'una forma di testamento cominciarono a passare nell'altra; si può esser sicuri, che appena l'editto cominciò a volere i sette suggelli, una vera consuetudine principiò a svilupparsi, onde i medesimi sette suggelli fossero necessarii anche nei testamenti civili: così, che quando l'editto cominciò ad essere tralatizio, tale consuetudine si era ben formata, e testamento civile senza quella segnatura non era valido. Certo mi accordo con Leist nel credere che non finalmente per senatusconsulto a tempi di Nerone fosse resa necessaria la *obsignatio* nei testamenti civili, come vedemmo essere nella opinione di Trekell. Il luogo stesso di Paolo *IV, 25, 6*, che è uno de'citati da Trekell, prova che il senatusconsulto prescrisse solo uno special modo di *obsignare*, e non già la *obsignatio* in genere. Già

a tempi di Silla la legge Cornelia testamentaria stabiliva pene contro coloro che avessero segnato un falso testamento, e contro altri delitti riguardanti i sigilli apposti ai testamenti, *Paul. IV, 7, 1, V, 25, 1.* Passi di Cicerone, di Svetonio *in vita Augusti*, e di altri adoprati da Leist [1], provano che già al cadere della Repubblica la segnatura de' testamenti anche civili era in piena e valida consuetudine [2]. Per conseguenza avvenne allora, che la *b. p. s. t.*, la quale davasi ogni volta che fossero presentate tavole con sette sigilli, cominciasse a darsi non solo pel testamento pretorio ma anche per tutti i testamenti civili, *Gaj. III. 36*, (cf. § 619). Fin d'allora avvenne, che anche « confirmandi (veteris juris) gratia praetor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem » *pr. I. de b. p.*

§ 625.

Ora s'intende perchè nell'editto tralatizio, qual'era al tempo di Cicerone, la *b. p. s. t.* si promettesse colle parole da esso Cicerone riportate; ossia su tavole segnate « non minus multis signis quam e lege oportet ». Già Trekell *pag. 158*, Savigny *Zeitschr. II, p. 86, n. 14*, Fabricius *pag. 123, n. 167*. Dernburg *pag. 217*, ed esso Leist *I, pag. 158*, hanno osservato, che il « lege » dell'editto non va preso per legge speciale, ma per *jus civile* in genere. Ora è fuori di dubbio, che il dritto civile abbraccia la consuetudine; ed il medesimo Leist, siccome vedemmo, precisamente per consuetudine intende

---

[1] Si può aggiungere il passo di CESARE *de B. G. I, 39*, » vulgo totis castris testamenta *obsignabantur* », e l'altro di SVETONIO *in vit. Horat.* riportato sopra § 619 n. 3.

[2] Non fa alcun ostacolo il silenzio sull'*obsignatio* nell'esposizioni del testamento *per aes et libram* fatte da Ulp. e da Gajo. Giustamente osserva Leist, che a que' tempi tanto era ricevuto che ogni testimonio, adoperato ne'civili negozii, sigillasse, tanto era ordinario il chiamare il testimonio col nome di *signator*, e dir *testimonium signare* per *testem esse*, che Ulp. e Gajo non sentirono bisogno di esplicita espressione.

quella parola. Pertanto la clausola surriferita dell'editto significa, non già che ne' testamenti civili fosse la segnatura imposta, secondo che crede Leist, fin dalla loro natività o in verun modo prima dell'editto del pretore: ma che vi fosse resa necessaria all'epoca di Cicerone per vera consuetudine formata dopo l'editto. Il pretore, che era grandemente propenso a riportarsi all'autorità del dritto civile più che poteva, anche nel parlare del testamento di propria forma, cioè destituito delle altre solennità necessarie per dritto civile, espresse d'allora in poi la segnatura de'sette testimoni nel modo da Cicerone riportato. — Resta, che Cicerone riferendo l'editto tace quanto alla *b. p. s. t.* della *familiae mancipatio*, e della *nuncupatio* ossia *testatio*, e parla dei *signa*. Argomento certo, che dunque la *b. p.* col relativo *q. b.* era data in forza dell'editto stesso anche sulla forma meramente pretoria di testamento, e non solamente *adjuvandi juris civilis gratia.*

§ 626.

Se il chiamato alla *b. p. s. t.* e relativo *q. b.* sulla pretoria forma di testamento nell'editto riportato da Tullio era diverso per se dall'erede testamentario civile; anche i chiamati alla *b. p. ab intest.* a tempi di Cicerone non eran sempre quegli stessi che eran pure eredi civili *ab intestato*. Certo che il pretore chiamava gli apparenti ossia verisimili [1] eredi civili: ma chiamava altri ancora. — Premetto, che non tutto l'editto tralatizio sulle *b. possessiones* è riferito da Cicerone nel discusso passo della Verrina. Segnalammo un altro capo dell'editto medesimo « Si possessor sponsionem non faciet » semplicemente accennato ivi dall'oratore (§ 614); e accanto a questo ne arguimmo anche un altro (§ 616). Tengo per fermo, che immediatamente dopo il capo riportato da Cicerone altri ve ne fossero per altre chiamate alla *b. p.* Senza che il silenzio

[1] Dico; eredi civili verisimili, apparenti. È chiaro che ciò non è in alcuna opposizione col detto nel § 609, vincere nel *q. b.* solo chi provi pienamente d'esser giustamente *b. possessor.* Appunto perchè per esser tale, basta in questa ipotesi la parvenza del dritto ereditario (cf. § 639).

dell'oratore faccia veruno ostacolo, mentre il suo proponimento non era davvero di riportare tutto l'editto, ma solo le parti ove eran cadute le mutazioni di Verre. — Non si può negare, che i *cognati* fossero invitati alla *b. p. ab intest.* Se non lo prova chiaramente il *cap. 15, pro Cluentio* per le giuste riflessioni di Leist *II, pag. 22 seg.;* ben lo prova il *cap. 60* della orazione medesima, dove troviamo ammesso alla *b. p. ab intest.* de'beni di un C. Vibio Capace il nipote *ex sorore* del medesimo, Numerio Cluenzio. Cicerone, per dimostrare che A. Cluenzio da esso difeso veniva ingiustamente imputato d'avere avvelenato Capace, argomenta così « Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide, et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud hunc aegrotavit, hujus domi est mortuus. At heres est Cluentius? Intestatum dico mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et imprimis honesto, equiti romano, datam Numerio Cluentio, quem videtis ».

§ 627.

Su questo punto gli avversari si dividono fra loro. Fabricius *pag. 59*, e Machelard *pag. 62*, avanti al riportato capo dell'orazione *pro Cluentio* si arrendono ad ammettere che i cognati eran chiamati espressamente dall'editto ai tempi di Cicerone. Fabricius ripiega dicendo, che ciò accadeva solo (traduco letteralmente le sue parole) dove niuno facesse loro controversia d'eredità, e così niuna H. P. era imminente. In questo caso Fabricius riconosce che fin d'allora la *b. p.* non era data per le *vindiciae*; quantunque secondo lui a quell'epoca l'uso principale (« das Hauptsächliche » *pag. 30*) fosse per queste. Così egli trovasi costretto a mescolar due caratteri diversi per la *b. p.* in un'epoca stessa, e guastare, a quel che mi sembra, tutto il suo sviluppo storico. — Altri poi dicono, che forse nell'editto si aggiungeva una clausola, con cui il pretore, mancando l'erede testamentario ed il legittimo, pro-

mettesse la *b. p.* a colui di cui giustissima a se paresse la causa. Richiamano qui un passo delle *partitiones* di Cicerone *c. 28*: e così credono potersi spiegare il *d. c. 60, pro Cluent.* Soggiungono però, che qualche pretore all'età di Cicerone facesse nell'editto menzione de' cognati. Rispondiamo in primo luogo, che la supposta clausola lascia sempre provato, che non tutto l'editto *de bonor. possessionibus* sta nel capo riferito da Cicerone nella Verrina; ed elimina tutta l'opinione che la *b. p.* fosse esclusivamente introdotta *juris civilis adjuvandi causa.* Inoltre la esistenza della clausola medesima non mi sembra punto dimostrata dal *d. c. 28, partition. orator.* Questo luogo è così concepito « Aut quum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio; in quibus causis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur; quas ad causas facultas petitur argumentationum ex iis, de quibus mox dicetur, aequitatis locis ». Sappiamo, che prima della legge Cornelia, emanata sul cadere del secolo VII ab U. C., i pretori, dopo pubblicato in principio della loro annale magistratura l'editto, solevano allontanarsi ne' singoli casi dalle norme ivi prefisse. La l. Cornelia, riferendolo Asconio *in argum. Cornel. pag. 58, Orell.*, proibì queste alterazioni, e stabilì « ut praetores ex edictis suis perpetuis [1] jus dicerent, quae res tum gratiam ambitiosis praetoribus, qui varie jus dicere assueverant, sustulit ». Egli è certo, che nel tempo anteriore a questa legge i pretori di quella facoltà di variare si valsero nelle *bonor. possessiones*: negando la *b. p.* ne'singoli casi ad un prossimo chiamato nell'editto, se ne fosse apertamente indegno, o se il chiamato dopo lui più degno apparisse. Così Q. Metello pretore negò la *b. p. s. t.* a Vecilio lenone [2]. Anzi sappiamo che la *b. p.*, già data a un tal Genucio, gli fu ritolta [3]. Di tal co-

---

[1] A quel tempo *edictum perpetuum* si diceva quello fatto in principio dell'anno *jurisdictionis perpetuae causa*, e non l'altro fatto *prout res incidit, l. 7, pr. de jurisdict.* Il secondo è chiamato dagli autori moderni *edictum repentinum.*

[2] VALER. MAXIM. *VII, 7, § 7.*

[3] « Quo provisum est, ne obscoena Genucii praesentia, inquinataque voce, tribunalia magistratuum sub specie petiti juris polluerentur » VALER. MAXIM. *loc. cit. § 6.*

stume dei pretori fa pure aperta testimonianza un luogo di Cicerone stesso, riportato ne' *Cicer. Scholiastae II, p. 73, Orell.*: dove si parla di *b. p.* negata da Cn. Dolabella per propria speciale iniziativa ad un C. Volcazio, e di *b. p.* similmente data da L. Sisenna a P. Scipione giovane di somma nobiltà e di virtù esimia adornato. E di questa libertà i pretori massimamente si servirono quanto alle chiamate del tutto proprie ed estranee affatto al concetto degli eredi civili. Ivi ammettevano ancora una certa discussione normale sulle ragioni di equità per escludere una determinata persona ed ammettere piuttosto un'altra. A ciò può fluidamente riferirsi il luogo delle partizioni; senza pensare a nuove clausole, di cui non abbiamo alcun documento [4].

§ 628.

Se è certo che i cognati erano già al tempo di Cicerone chiamati alla *b. p. ab intest.*; ritengo per sicuro, che prima dell'ammissione de' medesimi, e dal bel principio dell' intro-

---

[4] Dopo la l. Cornelia l'esclusioni per indegnità furono ridotte a certe regole trattate in capo separato dell'editto, *tit. ff. quib. non competit b. p.* Alla nostra interpretazione del *cap. 28, partit.* non fa ostacolo, che CICERONE parli in tempo presente « petitur, quaeritur », mentre le partizioni oratorie furono verisimilmente scritte da Cicerone al principio del secolo VIII ab U. C., cioè dopo la l. Cornelia. Basta riflettere alla natura dottrinale di quel lavoro di Cicerone. Il dialogo sulle partizioni fu scritto da esso per ammaestrar suo figlio nella eloquenza. Il *d. cap. 28* comincia così « Cicero Filius. Cognovi jam laudationis et suasionis locos: nunc, quae judiciis accomodata sint expecto; idque nobis genus restare unum puto ». Cicerone padre risponde « Recte intelligis. Atque ejus quidem generis finis est aequitas: quae non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnunquam: ut quum de verissimo accusatore disputatur, aut quum haereditatis sine lege etc. » Per parlare in tempo presente, non ha bisogno di allegar cose tutte di uso forense attuale; ma basta che lo faccia anche in vista di lavori composti e delle orazioni scritte su tali materie nel tempo anteriore alla l. Cornelia (tempo del resto assai prossimo), le quali, conservate, eran da Cicerone indicate a suo figlio. Noi al secol nostro, se vogliamo recar esempio di oratoria eloquenza nello accusare, possiam dire egregiamente: Come Cicerone quando *accusa* Verre; adoperando il tempo presente in cosa da tanti secoli avvenuta.

dotto editto sulle *b. possessiones*, avessero una chiamata anche i figli emancipati. De' quali tanto più pia è la causa: la esclusione de'quali, fra le ingiuste ristrettezze anzi iniquità del dritto successorio decemvirale (*Gaj. III*, *18*, *25*), è contata per prima, *Gaj. III. 19:* e la relativa correzione è per prima noverata fra quelle introdotte dal pretore, *Gaj. III*, *26*. Lo stesso ingegnoso metodo, con cui sappiamo che il pretore ammise i figli emancipati alla *b. p. ab intest.*, mostra che il suo lavoro correttorio del dritto civile era allora nello esordire; non ancora incoraggiato dall'esempio degli antecedenti pretori, e dal plauso de'cittadini. Imperocchè è noto, che il pretore a quell'uopo ricorse a rescindere l'emancipazione « Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse: propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor » *l. 6*, *§ 1*, *de b. p.* Pertanto è mio avviso, che subito dopo il capo riportato da Cicerone nella Verrina, fosse nell'editto tralatizio un capo in forma di dichiarazione del precedente; ove il pretore cominciando la enumerazione delle singole classi di persone che « heredes esse oportet » per dritto civile in causa intestata, a proposito de' *sui heredes* dicesse che fra questi egli intendeva anche gli emancipati, riportandoli alla suità colla rescissione dell'emancipazione. Cotesta congettura vien corroborata dal modo, con cui anche in tempi assai più tardi seguitarono gli autori del dritto ad esprimere la chiamata dei figli emancipati. Ulpiano *XXVI*, *8* « suus heres sit, quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur ». Ulpiano stesso nella *Coll. leg. Mosaic. XVI*, *7*, *2*, dopo aver detto ne'passi anteriori che *ab intestato* succedono per dritto civile prima i suoi e quindi gli agnati, soggiunge « Suis praetor solet emancipatos liberos.... conjungere, data bonorum possessione ». Gajo *III*, *26* « liberos omnes qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent ». Giustiniano *pr. I. de success. cognator.* « Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes praetor et constitutiones vocant », e *§ 1*, *I. de b. p.* « Et primo loco suis heredibus, ut iis, qui ex edicto praetoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem ».

§ 629.

Nè basta ancora. Sono persuaso, che nell' editto tralatizio all' epoca di Cicerone oltre le *b. possessiones s. t.* e *ab intest.*, di cui fin qui ragionammo, ve ne fossero anche *contra tabulas*. Per le quali è di nuovo dimostrato, che il capo riferito nella Verrina *c. 44-46* nè era il solo dell' editto sulle *bon. possessiones* al tempo di Cicerone, nè prova che a questo tempo le *b. possessiones* e il relativo *q. b.* regolassero il possesso durante la controversia di eredità fra pretesi eredi civili o in verun modo avessero la sola direzione *adjuvandi juris civilis*. In primo luogo all' età di Cicerone già esisteva la *b. p.* competente ai patroni contro le tavole de' liberti ove quelli si trovassero preteriti. Cosa, a quel che mi sembra, resa chiarissima dall' osservare, che già la legge Giulia e Papia, formata sulla metà del secolo VIII ab U. C. [1], segnava il secondo periodo di questa *b. p. c. t.*, a cui dava sviluppo ed estensione [2]; preceduta da un intero periodo di dritto pretorio, ben marcato da Ulp. *XXIX, 1, 2*, da Gaj. *III, 41*, e da Giustin. *§ 1, I. de succ. libertor.* Ora chi rifletta, che la Verrina in discorso fu tenuta sul declinare del secolo VII, facilmente si convincerà che a tale epoca il periodo primo pretorio doveva essere principiato. Ma a dimostrare anche più evidentemente il nostro assunto, nella Verrina stessa *cap. 48* è riportato un altro passo dell' editto di Verre, con cui si dava tale *b. p. c. t.* Il non avere le dodici tavole dato soccorso al patrono preterito nel testamento del liberto fu, come la chiamano Gajo *III, 41*, e Giustiniano *d. § 1*, una *iniquitas*. Questa parve tanto grave al pretore, come offensiva a colui cui il defunto dovea il sommo bene della libertà, che si occupò assai per tempo a correggerla.

---

[1] Mio lib. *Dritto d' accresc. p. 153, seg.*
[2] *§ 2, I. de success. libert., Ulp. XXIX, 3-6, Gaj. III, 44-53.*

§ 630.

Ritengo altresì, che già all' epoca di Cicerone esistesse altra parte dell' editto, che dava la *b. p. c. t.* ai figli preteriti, tanto suoi che emancipati. V' è chi crede, che al tempo di Cicerone ancora si questionasse sulla validità o invalidità di un testamento nel quale si trovasse preterito un *suus heres.* Così Walter *§ 615*, che cita in proposito Cicerone *De orat. I, 38*, e Valerio Massimo *VII, 71.* Ma Cicerone dice solamente, che al tempo di Crasso era stato disputato sulla validità d' un testamento ove un figlio era stato nè istituito nè *nominatamente* diseredato, e soggiunge che i centumviri decisero per la invalidità. E Valerio Massimo racconta essere stato disputato sul valore d' un testamento, ove il padre avea preterito il figlio, credutolo morto in guerra; ma che il figlio « apud centumviros contendit: omnibusque non solum consiliis, sed etiam sententiis superior discessit ». È dunque provato il contrario, cioè che all' età di Cicerone era già ricevuta in dritto civile la invalidità: benchè si dubitasse certamente allora sulla estensione di tale invalidità specialmente in vista del caso della premorienza del figlio al padre, del che si disputava anche in epoca posteriore, *Gaj. II, 123.* Ciò posto, il pretore, che nella equità vinceva sempre il dritto civile e mai era vinto da esso, non poteva a quell' epoca negare una *b. p.* contro il testamento al preterito di cui tanto giusta è la causa, dando solo la *s. t.*, e così provvedendo all' erede scritto nel testamento iniquissimo di fronte al preterito medesimo che si fosse presentato per essere preferito. Infatti già al suo tempo Labeone interpretava una parte di questo editto sulla *b. p. c. t.*, che suppone molta maturità di sviluppo; ossia riguarda la *b. p. c. t.*, che si dà ai figli scritti, *commisso per alium edicto*, *l. 8, § 11, de b. p. c. t.* — Ciò posto, mi sembra ben chiaro, che contemporaneamente tale *b. p. c. t.* venisse data ai figli emancipati ancora se si trovassero preteriti nel testamento del padre: qui senza analogia col dritto civile, e correggendolo. Imperocchè già dal principio delle

introdotte *b. possessiones* vedemmo rescissa negli emancipati la *capitis deminutio* in occasione della *b. p. ab intestato* (§ 628), equiparati così fin d'allora dal pretore nel suo editto ai suoi. Onde è natural conseguenza, che allorquando in seguito principiò la *b. p. c. t.* a darsi ai suoi preteriti, questa si desse per la rescissa emancipazione contemporaneamente anche ai preteriti emancipati. Infatti alla rescissa emancipazione si riporta Ulpiano *l. 3, § 5, de b. p. c. t.* trattando di *b. p. c. t.* in rapporto agli emancipati. Pertanto credo, che l'istesso pretore, il quale cominciò a dare·ai suoi preteriti la *b. p. c. t.*, la desse anche agli emancipati. Nè osta, che Ulp. nella *l. 1, de b. p. c. t.*, dopo avere nel *princ.* basato la massima, che « In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti, neque exheredati sunt », soggiunga nel *§ 6* « *Et* sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor ». Onde negli *Heidelb. Iahrbüch. der Litter. XII, (1819) pag. 762* si vuol dedurre, che dunque la chiamata per gli emancipati fu fatta in editto posteriore a quello che invitava i suoi. Giacchè la disposizione dei due passi di Ulpiano, e quel suo *et*, provano tutt'al più che gli emancipati non furono ammessi alla *c. t.* prima dei suoi, e per conseguenza logica ma non cronologica dell'ammissione de' medesimi [1]. Le *b. possessiones c. t.*, date ai patroni ed ai figli suoi ed emancipati, erano date nell'editto tralatizio all'epoca di Cicerone in capi sottoposti a quello della Verrina *cap. 44-46*, e agli altri su chiamate alla *b. p. ab intest.* (§ 626-628); come eccezioni o limitazioni al metodo esposto in que' capi precedenti, e precisamente alla *b. p. s. t.* che vi era enunciata per prima [2]. Così in quell'epoca di progressivo sviluppo. Quando poi Salvio Giuliano diede alle *bonor. possessiones*, pienamente sviluppate,

---

[1] Non opinerei con coloro, che la *b. p. c. t.* pensano essere stata introdotta principalmente per gli emancipati. Opinione pur difesa recentemente da Fabricius *pag. 81.*

[2] « Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti etc. proferentur, secundum tabulas testamenti *potissimum* hereditatem dabo ».

un ordine nitido nell' editto perpetuo, la *b. p. c. t.* fu posta in principio; come rilevasi dalla *l. 2, pr. de b. p. s. t.*, dal *§ 1, I. de b. p.*, e da *Ulp. XXVIII, 1-6.*

§ 631.

Dalle cose, fin qui dette sulle opinioni degli scrittori quanto al *q. b.* ed alla *b. p.*, due punti importanti son posti in chiaro. Primo, che il *q. b.* di sua schietta natura non è petitorio (§ 606-609). Secondo, che però non è vero esser stata la *b. p.* col *q. b.* introdotta per regolare il possesso in lite fra pretendenti all' eredità civile, o in genere esclusivamente *adjuvandi juris civilis gratia* (§ 610-630). Così disputando ho per necessità dovuto porre in luce molte delle mie vedute sul *q. b.* Ora mi accingo ad esporle ordinatamente meglio che io possa, e a dare al trattato del *q. b.*, che appunto per non esser petitorio deve aver posto nel mio lavoro, il conveniente sviluppo. — L'epoca precisa, in cui furono introdotte primieramente le *bonorum possessiones* e il relativo *quorum bonorum*, è ignota. Ma credo, che allora già il sistema formulario fosse in vigore. Infatti è da osservare, che il testamento *per aes et libram* ebbe origine posteriore alle dodici tavole, per giusto sviluppo della massima in esse stabilita che « Paterfamilias uti legassit suae rei ita jus esto », non conciliabile colle restrizioni e le difficoltà dell' antico testamento *in comitiis calatis;* nonchè per influenza dell' altra massima « Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto ». Pertanto è da credere, che il testamento *per aes et libram* fosse introdotto nel secolo IV ab U. C. ben inoltrato. Corse poscia un intero periodo, marcato da Teofilo e da Gajo, nel quale in questo testamento l' *emtor familiae* fu l' istesso erede [1]. In questo periodo non potè essere introdotto l' editto

[1] Credo però meramente accidentale, che del testamento *per aes et libram* della seconda epoca, ove cioè l' *emtor familiae* fu distinto dall' erede, non abbiamo, che io sappia, documenti diretti più antichi del testamento di Augusto; in cui troviamo Domizio Enobarbo *familiae emtor*, mentre non lo troviamo fra gli eredi scritti, SVETON. *in August. c. 101,* e *in Neron.*

sulle *bon. possessiones:* perchè è certo, che ivi il primo chiamato era colui che proferisse tavole di testamento, mentre in quel periodo i testamenti erano orali. La qual cosa [2], oltrechè è dimostrata dalla prossima connessione, che il testamento *per aes et libram* ebbe colla surriferita regola decemvirale « uti lingua nuncupassit etc. », apparisce anche dalla esposizione di Gaio *II*, *102*, *103*, e di Teofilo *ad* § *1*, *I. de test. ordin.* Ed è indubitato, che la forma della scrittura non è stata certamente dall'editto inventata § *2*, *3*, *I. de test. ordin.*: anzi non è credibile, che appena fu introdotta la separazione del *familiae emtor* dall'erede, e con ciò l'uso delle tavole abituale (cf. § 619, n. 3), l'editto apparisse contemporaneo. Mentre tempo fu necessario, perchè per la esperienza e pe' costumi la nuova forma civile apparisse non soddisfacente ai comuni bisogni. C'è ben tempo di superare la metà del secolo VI ab U. C., quando la legge Ebuzia atterrò per prima le *legis actiones* (§ 663) [3]. Nè osta punto, che Cicerone nella Verrina parli di editto *vetus*, *translatitium*, e di *majores nostri*. Anche detratto qualche tempo sul secolo e mezzo circa, che corse dalla legge Ebuzia a quella Verrina, resta sempre quanto basta a spiegare quelle espressioni; specialmente tenuto conto delle abitudini di Tullio, che tanto volentieri invocar suole l'antichità per conferma de' propri assunti [4].

---

c. 4. Dopo abbiamo la testimonianza di PLUTARCO (che nacque negli ultimi anni dell'impero di Claudio e morì sotto Adriano) *De sera numin. vind. cap. 6, p. 520, tom. II, Oper.* « Ὅταν διαθήκας γράψωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἕτεροι δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας. ὃ δοκεῖ παράλογον εἶναι ».

[2] In cui conviene anche *Leist I. 146.*

[3] Sembra in genere, che solo dopo abolite le *legis actiones* si sviluppasse in modo sensibile il dritto onorario. Così si spiega perchè in materia tanto grave e tanto usitata niun commentario di giureconsulti apparisse prima di Servio Sulpicio contemporaneo di Cicerone; il quale però « duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit » *l. 2, § 44, de O. I.*, mentre C. Ofilio suo discepolo « edictum praetoris primus diligenter composuit » *ibid.*

[4] Un altro esempio § 663.

§ 632.

Certo egli è, che quando apparve l'editto sulle *b. possessiones*, gravissimi inconvenienti e difetti presentava la legislazione rispetto alle eredità. Da una parte larghissimo campo era lasciato ad ogni ingiusto occupatore di mettersi al possesso dell'eredità, e così possedendo usucapire entro un solo anno nonostante la m. f.: *improbo* possesso, *improba* usucapione *Gaj. II, 55,* che neppure era frenata dall'adizione dell'erede (§ 297) [1]. D'altra parte era sempre ristretto il valore dei testamenti da formalità ormai immaginarie e d'ogni realtà destituite; mentre per converso non eran richieste altre che i tempi mostravano necessarie (§ 621). Ristrettissime poi erano le chiamate alle successioni intestate secondo le dodici tavole, *Gaj. III, 18.* Era in primo luogo deplorata la esclusione dei figli emancipati, che dalla legge di natura e dal dritto delle genti eran chiamati, *Gaj. III, 19* (§ 628);

[1] Già HUSCHKE *Richt. Iahrb. 1839, I, p. 11* tentò la congettura, che l'origine della *b. p.* fosse diretta a frenare la *pro herede usucapio.* Ma il suo lodevole tentamento pecca secondo me in eccesso e in difetto. In eccesso; perchè egli crede, che colla *b. p.* e relativo *q. b.* le cose si riducessero a tale, che la *pro her. usuc.* ormai non ad altri potesse competere che alle persone chiamate dall'editto. Mentre vediamo, che queste sono soltanto preferite; lo che non toglie, che nel loro silenzio possa compiersi la *pro her. usuc. improba;* e che questa compiuta, pur non togliendo il contrario esercizio del *q. b.*, spieghi però in posteriore giudizio di dritto tutto il suo valore (§ 635). In difetto; perchè Huschke non dà altro movente che questo del frenare la *pro her. usuc.* Mentre quantunque sia intima (come vedremo) la originaria relazione fra *b. p.* e *pro her. usuc.*, però la *b. p.* aveva anche lo scopo di modificare il dritto successorio civile. E così spiego, perchè quantunque la *pro her. usuc.* cessasse coll'andar del tempo dal dirigersi alla *hereditas*, *Gaj. II, 54;* pure la *b. p.* andò sempre più accostandosi al concetto dell'*hereditas* con inverso procedimento, come in seguito verrà dimostrato. Come anche spiego, perchè le *b. possessiones* sempre più acquistassero forza dopo l'epoca, in cui Adriano e l'importanza delle posteriori costituzioni avean tolto vigore alle *improbae pro her. usucapiones* (§ 547) sicchè il relativo rimedio pretorio non era più necessario; ancor qui con inverso procedere.

e poi la esclusione di altri, che erano invocati dal sangue e dalla intimità delle relazioni, *Gaj. III, 20, segg.* Si aggiungeva la mancanza di successione fra chiamati, così che, non accettando l'eredità il prossimo agnato, dessa non era deferita ai successivi, *Gaj. III, 22.* Nonchè la estrema limitazione de' sacri diritti del patrono alla successione del liberto, *Gaj. III, 40. Iuris iniquitates*, come le chiama Gaio stesso *III, 25, 41.* Certo i cittadini aveano abitudine di correggere queste ristrettezze meglio che potevano, supplendo con ragionevoli istituzioni di eredi, e colle sostituzioni, alle mancanze della legge. — Ora se tutti gli scrittori convengono, che nell'età classica l'editto correggesse il gius civile; non vedo perchè alcuni siano così saldi nel negare che così facesse fin da principio. Negano, che il pretore, il quale è pur l'antesignano nell'opera modificatrice del dritto civile in vista del dritto delle genti e delle giuste costumanze, avesse primieramente in pensiero di emandare quelle *improbitates* e quelle *iniquitates*. Vogliono, che prima pensasse all'utile lavoro di aiutare il dritto civile, e dopo a quello necessario di emendarne i vizi manifesti. E piuttosto che recedere da tale assunto, rifiutano fede alle aperte testimonianze dell'antichità, a quelle specialmente di Giustiniano e di Teofilo (§ 611), le quali concordano a riconoscere, il proponimento primiero del pretore esser stato quello di emendare, di correggere il dritto civile: torcendo l'ingegno onde schivare la testimonianza principalmente dello stesso Giustiniano là dove afferma essere stata una nuova forma di testamento originariamente introdotta dal pretore (§ 621, 623).

§ 633.

È la *bonorum possessio* il ritrovato stupendo, col quale il pretore, secondo il poter suo, seppe insieme e temperare le improbe larghezze, e le inique restrizioni disciogliere. Stabilì il pretore delle classi di persone, le quali senza dover provare il loro dritto ereditario, avessero ad essere poste in una

stato di fatto corrispondente all'esercizio del dritto medesimo.[1] Fatta da alcuna di tali persone agnizione della *b. p.*, il pretore la muniva dell'interdetto *q. b.*; primigenio effetto della *b. p.*, appunto perchè gli stati di fatto erano dal pretore ordinariamente regolati cogl'interdetti. Cicerone ne parla *Ad famil. VII, 21*. Riporta la formola della *sponsio* relativa « sponsionem illam... Si bonorum Turpilliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit »[2]. Con esso interdetto colui che avea ottenuta la *b. p.* poteva acquistare il possesso dei corpi ereditarii in massa *l. 1, § 1, q. b.* (§ 607), togliendolo a colui che possedesse *pro herede* o *pro possessore*, *d. l. 1, pr. q. b.*, *l. 2, C. eod. tit.*[3] Senza alcun riguardo ai dritti ereditarii, sia che tal possessore ne avesse sia che no: « pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse: pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens, ad se non pertinere, possidet » *Gaj. IV, 144.* E ciò significa la *l. 22, C. Th. quor. appellat.* quando dice che l'interdetto *q. b.* è stato « beneficio celeritatis inventum. » Non che l'interdetto avesse più celere procedura, come erroneamente si credeva avanti la scoperta de' commentari di Gajo (cf. § 59); non che

---

[1] Al pensiero di degnità, che ispirò il pretore, ben corrisponde la sollecitudine che si è dato in ogni tempo di osservare anche nelle fattispeci alla degnità degl'individui (§ 627).

[2] All'epoca di Cicerone non era ancor ricevuto, che negl'interdetti restitutorii come negli esibitorii si potesse litigare *sine periculo* per formola arbitraria (§ 59). Cf. BETHMANN *II, pag. 250.*

[3] La *l. 1, C. Theod. q. b.*, riportata in gran parte nella *l. 3, C. Just. eod.*, sembra a prima vista indurre, che sia tenuto col *q. b.* anche il possessore *titulo singulari*. Ma conviene intenderla nel modo seguente. Un marito, morta intestata la moglie, prese il possesso de' beni *pro herede* o *pro possessore*. Schermivasi quindi dal *q. b.* intentatogli da un consanguineo della defunta *bonorum possessor*, allegando che alcuni di que' beni li possedeva come di sua special proprietà. Arcadio e Onorio dicono, che se non egli, mentre la moglie viveva, ma essa moglie all'epoca della sua morte avea posseduto i detti beni, cosicchè essi fossero stati dal marito occupati insieme al resto, non si debba dar peso alcuno alla sua asserzione, e « omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa. »

nel *q. b.* si faccia una prova sommaria sulla *b. p.* (cf. § 60[illegible]); ma l'interdetto *q. b.*, come la stessa *b. p.*, devono la loro origine allo scopo che le persone accette al pretore acquistino il possesso, messa da banda la questione di dritto.[*] Precisamente nell'istesso senso, in cui Arcadio e Onorio *l. 1, § 2, C. Th. q. b.* (*l. 3, C. Iust. eod.*) dicono dello stesso interdetto « omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa » (not. 3).

§ 634.

Posto in tal modo il *b. possessor* nel possesso de' beni questo non gli poteva esser ritolto, se non esercitata contro esso l'azione di dritto propriamente detto coll'analogo peso della prova nell'attore. Doveva inoltre chi volesse esercitare tale azione affrettarsi a promuoverla entro l'anno dal possesso ottenuto per mezzo del *q. b.;* altrimenti colla *pro her. usucapio* il *b. possessor* poteva acquistare anche dei dritti propriamente detti sulle cose ereditarie. Così mentre per lo innanzi chicchesia poteva porsi al possesso della sostanza ereditaria senza tema d'esserne privato se non da chi entro l'anno della usucapione esercitasse azione sul dritto ereditario, e provasse in se il dritto medesimo; ormai niuno poteva godere di tal posizione se non fosse chiamato alla *b. p.* e l'avesse agnita, chiunque esso fosse. Chi si fosse per lo innanzi messo al possesso delle cose ereditarie improbamente e di suo arbitrio, poteva essere da tale possesso rimosso dal *b. possessor* col *q. b.*; la sua improba usucapione veniva così interrotta. Con ciò il pretore lasciava soddisfatte le mire, che il dritto civile vagheggiava nel permettere il detto possesso *pro herede*; quali erano che vi fosse alfine chi *sacra faceret*, e chi soddisfacesse i creditori, ed il possesso dell'eredità non fosse lasciato vacante (§ 297). Ne limitava, è vero, secondo il poter suo la

[*] Schmidt *pag. 301* crede piuttosto in una ignoranza d'istoria in Valentiniano Valente e Graziano.

improbità; ma in realtà facilitava. Non solo in quanto che, reso quel possesso più onesto, agli onesti lo rendeva più accetto e desiderabile; ma anche in quanto che creando uno stato di fatto, che corrispondeva al pieno esercizio del dritto ereditario, concedeva mezzi copiosi corrispondenti (paragr. segg.) che lo facevano più ricercato e più applicato. — L'intima originaria relazione, in cui trovasi il *q. b.* colla limitazione della *pro her. usucapio*, spiega una cosa troppo spesso trascurata; cioè il perchè fosse interdetto *adipiscendae possessionis* di modo che « ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem; itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse. » È, che la *pro her. usuc.* non avea luogo sulle cose che fossero state una volta possedute dal vero erede, *l. 29, de usurp. et usuc., Gaj. II, 52, III, 201*, (d. § 297). Ora vedremo, che la *b. p.* col *q. b.* fu data certamente fin dal principio a chi fosse civilmente erede (§ 639). Pertanto riflettè il pretore, che in riguardo a questa importante classe di persone chiamate alle *b. possessiones*, il *q. b.* non corrispondeva a questo che pur era un suo gravissimo scopo, di frenar cioè la *pro her. usuc.*, se fosse stato esercitato per cose che l'impetrante avesse già possedute; appunto perchè in tal caso non v'era più alcuna *pro her. usuc.* da esser frenata. Per questa classe di persone il *q. b.* rispondeva a quello scopo, solo facendolo *adipisc. possessionis*. D'altra parte il pretore non volle, che il *q. b.* fosse per la detta classe *adipiscendae*, e per altre classi *duplex*; lo che sarebbe stato del tutto nuovo e senza esempio nella teoria degl'interdetti. Gli rimase di farlo costantemente *adipiscendae*.

§ 635.

Per meglio sviluppare il suo intento, il pretore appose una clausula, che per mezzo del *q. b.* far si dovesse la *restitutio* dei beni non solo se « pro herede aut pro possessore possides » ma anche « possideresve si nihil usucaptum esset »

l. 1, pr. q. b.[1] Così dava il *q. b.* contro il possessore da se non autorizzato non solo prima che esso compisse la *pro her. usucapio*, ma anche dopo. Ossia il pretore non ascoltava contro il *q. b.* la difesa di esso possessore, con cui opponesse d'aver compito la detta usucapione; in interdetto di solo possesso non ammetteva tale *exceptio justi dominii*. A tal possessore non autorizzato il possesso era sempre tolto, e sempre era posto in esso il *b. possessor:* salvo solo al primo di esperimentare poscia l'azione *in rem*, in cui sostenesse la parte sempre onerosa di attore, ed il *b. possessor* la parte sempre commoda di reo convenuto. — Così è chiaro, com'io non possa adottare l'opinione che dopo Savigny[2] è comune, che cioè tale clausula fosse aggiunta all'editto dopo il senatusconsulto Adriano di cui parla *Gajo II, 57.*[3] Se, come sogliono credere, per tal clausula si operasse una *rescissio* della *pro her. usucapio;* allora per dirla anteriore ad Adriano osterebbe anche la riflessione, che soltanto per senatusconsulto fatto sotto questo imperatore tale usucapione cominciò ad essere revocabile, *Gaj. loc. cit.* Ma nella mia veduta, siccome la esposi, il *q. b.* spiega anche per quella clausula la sua nativa efficacia. Nella questione di possesso, a cui esso interdetto è di sua natura diretto, è spregiata in virtù di quella clausula la *exceptio justi dominii* quando venga presa da un'asserita *pro herede usucapio;* salva la questione di dritto, che quindi sollevar voglia l'usucattore. Ed appunto perchè la natura del *q. b.*

---

[1] Il « possideresve » è bene inteso da SAVIGNY *Zeitschr. f. g. RW. V, pag. 23, n. 20,* da ARNDTS *Rhein. Mus. II, pag. 136,* e da altri, che si riferisca al fatto del possesso, non alla suespressa qualità « pro herede aut pro possessore. »

[2] *Loc. cit. pag. 22.*

[3] Pensano a tal modo ARNDTS *Beiträge I, pag. 93,* e *Rh. Mus. II, p. 135*, FABRICIUS *Rh. Mus. IV, pag. 205,* MACHELARD *pag. 51,* ed altri. LEIST *I, pag. 102 e 396* è nella opinione, che tale clausola si trovasse nell'editto fin dal principio. Se non che, con prove a mio credere poco soddisfacenti, dà in effetto alla clausola medesima la forza d'una *rescissio usucapionis* indiretta: e così la rende inconciliabile coll'epoca anteriore ad Adriano secondo i citati scrittori, e secondo noi tanto con questa quanto coll'epoca di Adriano.

quale l'abbiamo fin qui difesa, è di attribuire il mero possesso, intera restando ogni controversia sul dritto propriamente detto, e perchè esso serbò sempre tale natura all'epoca classica solo eccedendola talvolta nelle pratiche finali conseguenze (§ 642); deriva, che neppure dopo il senatusconsulto di Adriano poteva il pretore senza intollerabile disarmonia inserire nella formola istessa dell'interdetto la ripetuta clausola, se, com'è comunemente supposto, per essa si rescindesse veramente la *pro herede usucapio*.

§ 636.

Nè mi muove ciò che riflettono i fautori di questa comune sentenza sull'altra clausula aggiunta nella formola dell'interdetto *d. l. 1, pr.* « quodve [1] dolo malo fecisti, ut desineres possidere ». Ritengono che questa sia stata presa dal senatusconsulto Giovenziano che fu fatto al certo sotto Adriano, e per avventura è quell'istesso di cui parla Gajo ne' commentari *loc. cit.*; dove simile clausula si ritrova, *l. 20, § 6, vers. Item eos, de H. P.* Ma ragionevolmente osserva Leist *1, pag. 324*, che quest'altra clausula non era soltanto nella H. P. per efficacia del detto senatusconsulto, ma era comune ai rimedi restitutorii ed esibitorii molto prima del Giovenziano. Basti la sola *l. 15, ad exhib.*, ove è citata in proposito l'autorità di Labeone.

§ 637.

Però il *q. b.* non bastava a dare alla *b. p.* tutta quella efficacia che era voluta dal pretore. Il pretore avea voluto

---

[1] È ormai a ragione abbandonata la lezione fiorentina « quod quidem ». « Quodve » legge Huschke *Jurispr. antejust. pag. 310* sull'autorità de' basilici, ed argomentando sulle ultime parole della *l. 2, C. q. b.* Dopo Donello, Savigny, Fabricius, Leist, Machelard, e Mommsen nella sua recente edizione del Digesto vogliono « quodque »; e questi si valgono della volgata, ed argomentano sulla formola dell'utile *quod legatorum* recata ne' *fragm. vatic. § 90.* Ma quanto a quest'ultima citazione cf. *l. 1, § 7, quod legat.*

creare uno stato, che corrispondesse all'esercizio del gius ereditario. Ma il *q. b.* perseguitava i soli corpi e non già i crediti ereditarii, *l. 2, h. t.*, e solo contro chi possedesse *pro herede* o *pro possessore* con quelle aggiunte delle quali parlammo § 635, 636. Il pretore supplì colle azioni fittizie, *Ulp. XXVIII, 12, Gaj. IV, 34, 111.*[1] Agiva il *b. possessor* contro i debitori sulla finzione che esso fosse l'erede « Si Aulus Agerius (b. possessor) Lucio Titio heres esset, tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolvito. » Agiva contro i possessori delle cose ereditarie per titolo singolare su l'istessa finzione « Si Aulus Agerius L. Titio heres esset, tum si paret fundum de quo agitur ex jure quiritium ejus esse oportere, neque is fundus Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Num. Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolvito. » — Come importava la pienezza della sua posizione, la quale comprendeva come i *commoda* così gl'*incommoda hereditaria l. 1, de b. p.;* il *b. possessor* era anche con azioni parimenti fittizie compulso dai creditori ereditari, *Ulp. loc. cit.*

§ 638.

Il dritto, che il pretore dava alle persone, ch'ei giudicò degne, di essere nella descritta posizione equivalente all'esercizio del dritto ereditario, chiamasi *bonorum possessio*, o anche *hereditatis possessio* siccome pur dai giureconsulti nostri viene chiamata *l. 3, § 1, de b. p. Possessio* non nel senso proprio della parola, che si adopera quando si parla di possesso di cose corporali: perchè la *bon. possessio*, consistendo nel dritto dato dal pretore alla designata posizione di fatto, è e si dice

[1] Ulpiano e Gajo parlano naturalmente delle fittizie azioni in relazione colla loro epoca, in cui la *b. p.* avea preso uno sviluppo ben più avanzato (§ 641, seg.) Ma nulla v'è ne' loro testi, onde s'abbia a credere che esse azioni fossero primieramente introdotte dopo che tale sviluppo erasi verificato. Così pensa anche Leist *I, pag. 293.*

ancor prima della presa di possesso delle cose, e dell'esercizio relativo del *q. b.* Anzi può essere senza corpi affatto, quando la eredità, ove si eserciti, non ne abbia, ma abbia soltanto debiti e crediti, *d. l. 3, § 1,* « non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis, possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait. » Ma pur *possessio* dicesi ottimamente, benchè in senso traslato; in quanto che il pretore non intese attaccare di fronte il dritto civile e crear diritti contrari alle sue prescrizioni, ma di formare solo uno stato di fatto (cf. § 80). E così talvolta si trova adoperata la sola parola *possessio* senza aggiunta del *bonorum* o *hereditatis.*[1] Il dritto di cui parliamo viene egregiamente definito da Ulp. *d. l. 3, § 2.* « Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi, retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit. » Ossia il dritto accordato dal pretore di perseguitare il patrimonio col *q. b.*, e colle azioni fittizie esercitate contro i debitori; e di ritenerlo possedendo *pro herede*, e difendendo contro le azioni fittizie di coloro che vantino crediti.[2]

§ 639.

Quali furono le classi di persone, che il pretore giudicò degne di esser poste in così prestante posizione? Dalla Verrina di Cicerone vedemmo, che fin da principio il pretore chiamò *ab intestato* i verisimili eredi legittimi « uti proximum quemque heredem esse oporteret » (§ 626). Sotto questo rapporto del dritto successorio era cotesta *b. p. adjuvandi* ossia *confirmandi jur. civ. gratia, pr. 1. vers. Aliquando, vers. Item ab intest., de b. p.*[1]

[1] CICER. *Topic. 4* « non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari... secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari. »

[2] Il « retinendi » piglia anche maggiore estensione nelle *b. possessiones cum re,* delle quali parleremo § 641, segg.

[1] Però rimaneva pur qui la mira di emendare il dritto civile nell'altra considerazione di frenare le *pro her. usucapiones.*

Come secondo le cose sopra esposte fu *confirmandi jur. civ. gratia* la *b. p. s. t.* che cominciò a darsi anche pei testamenti scritti colle forme del dritto civile muniti della settenaria segnatura (§ 624); ed anche la *b. p.* che principiò a darsi pei testamenti nuncupativi (§ 619); nonchè la *b. p. c. t.* data ai suoi preteriti (§ 630). Pertanto anche i civili eredi, che pur potevano perseguitare i lor dritti con azioni civili, potevano *agnoscere* la *b. p.*; e godere del *q. b.* coll'utilità di non esservi costretti a trattare la *quaestio juris* (§ 609), come avrebbero dovuto trattarla se contro il possessore de' corpi ereditari non avessero avuto che quelle azioni, *Gaj. III*, *34*, *Coll. leg. Mos. XVI*, *3*, *5*, (§ 612 e n. 1). Si dà la *b. p.* ed il *q. b.* ad essi eredi civili, come verisimilmente tali (d. § 626). Appunto per questo, e perchè il *q. b.* non ammette questione di dritto; segue, che i medesimi possano quindi soccombere con H. P. promossa dall'istesso avversario. Per esempio viene *agnita* e data *de plano* la *b. p.* ad alcuno come agnato o come gentile: nel *q. b.* dimostra di essere veramente tale (§ 609), ossia di esser chiamato come agnato, come gentile, dall'apposito capo dell'editto (§ 628 med.). Così basata la verisimiglianza di essere erede civile, cioè la vera chiamata alla relativa *b. p.*; egli vince l'avversario nell'interdetto.[1] Ma potrà in seguito lo stesso avversario venire colla H. P. in qualità di suo erede, o di agnato prossimo, e vincere. — Osservo per ragion di chiarezza in materia non facile, come possa accidentalmente, per opera di circostanze esteriori, accadere, che la vittoria nel *q. b.* da una *b. p. adjuvandi jur. civ. gratia* abbia effetti pari alla vittòria in H. P. Quando cioè eventualmente si verifichi, che il verisimile erede civile sia anche veramente e realmente tale, e l'avversario non sia suo nè prossimo agnato. Non però è quindi alterata affatto la natura del *q. b.* diretto al solo possesso: appunto perchè trattasi di contingenze derivanti non dalla forza di esso *q. b.* e delle cose nel suo processo discusse e giudicate, ma da fatti acci-

[1] È uno de' casi, ne' quali per vincere in interdetto si richiede una qualche prova di dritto (§ 599).

dentali ed estrinseci, indipendenti da quella discussione e da quel giudicato. Così a causa d'esempio non cessa l'*unde vi* d'essere a solo possesso rivolto; perchè possa accadere, che per circostanze abbia risultati eguali alla R. V.; se cioè si verifichi, che chi lo esercitò sia il padrone, cosicchè l'avversario vinto in quello non possa più ritogliergli la cosa in petitorio. Pertanto il vero e reale erede civile poteva come chiedere la *b. p.* ed esperimentare il *q. b.*, così piuttosto esercitare la H. P. Con questo dato sicuro spiegherei nella sua pienezza la nota *l. 1, C. q. b.* Era morto il padre di Giusto, e morendo avea fatto testamento dove avealo preterito. Giusto avea chiesto la *b. p. c. t.*; siccome avrebbe potuto esercitare la H. P., attesa la nullità del testamento per dritto civile.[3] Sperava così di andare esente da ogni piena prova nel perseguitare i beni col *q. b.*, errando in modo simile a quello in cui vedemmo aver poi errato Thibaut (§ 608). Ma Severo ed Antonino cominciano nel rescritto a stabilire, che in qualunque modo esso intendesse perseguitare la sostanza ereditaria, sempre avea obbligo di prova: « Hereditatem ejus, quem patrem tuum fuisse dicit, petiturus, judicibus, qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega ». E poi seguono, che quantunque Giusto fosse ricorso alla *b. p.*, pure non poteva vincere nel *q. b.* se non dimostrando di essere stato figlio del defunto; e per necessaria conseguenza, posta la preterizione nelle tavole per se patente, di esser chiamato tanto all'eredità civile quanto alla *b.p.* « Quamvis enim bonorum possessionem, ut praeteritus, agnovisti: tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris »[4].

---

[3] Nulla è nel testo, onde risulti che Giusto fosse stato emancipato.

[4] Così non è necessario credere col MAYER *Erbr. I, pag. 417*, che le parole « ad hereditatem » siano interpolate, nè con CUJACIO *IX, 1146, B.* e con MACHELARD *pag. 67, n. 1* che il « vel » sia una correzione che a loro stessi facciano gl'impp.

§ 640.

Ma ben più larghe furono le chiamate del pretore. Il concetto stesso della *bonorum* o *hereditatis possessio*, che cioè generasse solo uno stato di fatto corrispondente all'esercizio del dritto ereditario, ottimamente si prestava ad ammettervi anche persone non chiamate dal dritto civile all'eredità; appunto perchè, non dandosi con quello alcun gius ereditario, intatte lasciavansi le leggi sul medesimo. Precisamente come la *ususfructus possessio* creando solo uno stato di fatto corrispondente all'esercizio del dritto di usufrutto, fu dal pretore adoperata per favorire persone le quali erano per le strette regole del dritto civile escluse dal gius d'usufrutto (§ 754). — Non credo già, che il pretore le ristrettezze tutte del dritto antico troncasse d'un colpo. Ancor io asserisco e difendo, che vi fu uno sviluppo progressivo; lo che è nella natura delle cose, e nell'indole saggia de' romani, e nella prudenza del pretore. Solo in questo allontanandomi da coloro, i quali in principio veggono unicamente lo scopo *adjuvandi juris civilis*, che per essi la ragione *emendandi* e *corrigendi* è tutta d'attribuirsi allo sviluppo posteriore della *b. p.;* onde lo svolgimento risulta dissonante dalla origine. Mentre per chi fin da principio vede comparire lo scopo *emendandi* e *corrigendi*, lo sviluppo posteriore è in piena armonia coll'esordire: lo che mi sembra più consono alla natura stessa ed al concetto dello sviluppo o svolgimento. Credo, che fin dal principio fossero nuovamente chiamati gl'istituiti in tavole segnate da sette testimoni senza le solennità civili (§ 617 segg.), ed i figli emancipati nel caso che tavole simili non venissero proferite (§ 628). Provammo inoltre, che presto succedettero le altre chiamate de' cognati *ab intestato* (§ 626), e de' patroni nonchè dei figli emancipati contro le tavole ove fossero preteriti (§ 629, 630). Quando succedessero le altre nuove chiamate, non abbiamo dati sufficienti a formare buone congetture[1].

---

[1] Sulla lontana antichità dell'ammissione dei conjugi, accettata da alcuni, non si può esser sicuri. Citano CICER. *pro Cluentio cap. 15:* ma

§ 641.

Finora abbiamo veduto la *b. p.* col suo *q. b.* creare uno stato di fatto che poteva crollare allo esercitar che facesse l'erede anche meramente civile la H. P. contro il *bon. possessor* [1]. Ossia, per parlare il linguaggio dei giureconsulti, la *b. p.* nella sua schietta origine era *sine re*, *Ulp. XVIII, 13.*, *Gaj. III, 35.*, ed i suoi vantaggi erano limitati a quelli che descrivemmo § 634. Accidentalmente però poteva essere *cum re*: se cioè poscia non si presentassero eredi civili, e se il *b. possessor* fosse il vero erede civile (§ 639). — Se non che mano mano che i capi dell'editto crescevano, e si afforzavano le abitudini; il pretore s'incoraggiò a slargare le sue vedute correttrici del dritto successorio civile. Conviene inoltre tener conto d'un altro impulso che sopraggiunse. La *improba pro her. usucapio* perdeva il vigore per il senatusc. fatto sotto Adriano e per l'influenza di costituzioni posteriori (§ 547); mancava così una delle ragioni dell'editto *de bon. possessionibus*, quella cioè di emendare tale improbità. Restava intiera l'altra ragione di emendare le chiamate alle successioni, e su questa si rivolgeva tutta l'energia del pretore. — Cominciò esso a consolidare lo stato di fatto da se creato fino a difendere talvolta il suo *b. possessor* contro il vero erede, il quale, chiamato dal mero dritto civile, ora esercitasse contro quello

---

non prova, per le cose scritte da Fabricius *pag. 54* e da Leist *pag. 25, n. 1.* — Mi sembra assai lungi dallo essere ben assodata la opinione di Leist, tanto ingegnosamente da lui difesa nel corso della sua opera *Die bon. poss.*; che cioè la chiamata degli eredi legittimi più remoti, quando non adiscano i prossimi, esclusa dalle dodici tavole, sia nell'editto la più antica: ossia che l'editto successorio fu il nucleo e la origine della *b. p.* Non mi paiono punto convincenti gli argomenti, che esso desume ora dal nome stesso *edictum successorium (pag. 67, seg.)*, ora da frammenti *Ulp. XXVIII, 12, l. 1, de success. edict., l. 1, de b. p. (pag. 69, seg., pag. 72, segg.)*.

[1] Come anche cadeva per gli assalti d'un'azione promossa dall'usucattore *pro herede* (§ 635).

la H. P. [2]; e sino a tal segno rese *cum re* la sua *b. p.* Non cangiavasi così sostanzialmente la natura della *b. p.*, che non dava mai un gius ereditario per se, e creava sempre una posizione di fatto. Però questa posizione cominciava ad assumere una nuova qualità importantissima; in quanto che era così rafforzata dal pretore, che chi ne godeva otteneva in effetto quanto avrebbe ottenuto se fosse stato il vero erede; *obtinebat hereditatem*, *Coll. leg. Mos. et Rom. XVI, 3, 1.* Appunto come nella *ususfructus possessio*, lo stato di fatto ivi formato vien *tuitus* dal pretore, e ne' vantaggi è reso pari al vero usufrutto; sicchè lo essere usufruttuario o lo aver tale tuizione

---

[2] Dico, chiamato dal mero dritto civile; perchè se compariva un erede che fosse anche chiamato precedentemente nell'editto, esso vinceva sempre, e sempre rendeva *sine re* la *b. p.* — Non accetterei però assolutamente la teoria, proferita da Hugo *Lehrb. der Gesch. des röm. Rechts. pag. 426.*, e tenuta da Löhr *Magaz. III, fasc. 3, num. 8*, da Glück *Intestaterbf. § 91*, e da Gans *Erber. II, pag. 468.*, colla quale si vuol stabilire il carattere per discernere quando la *b. p.* sia *cum re* e quando sia *sine re* nel modo seguente: Allora soltanto la *b. p.* diventa *sine re,* quando comparisca chi abbia un miglior dritto; e miglior dritto ha colui che è insieme erede civile ed ha una antecedente vocazione alla *b. p.* nell'editto, quasi chè, costui comparendo senza pur aver chiesta la *b. p.*, si debba ritenere come se l'avesse domandata, e così prevalga. Imperocchè Ulpiano *XXVIII, 13,* nel definire qual *b. p.* sia *cum re* e quale sia *sine re,* riporta direttamente il dritto di chi la rende *sine re* non già ad un'antecedente vocazione nell'editto, e molto meno ad una supposta domanda di *b. p.* per parte sua, ma al solo gius civile « sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit ». La vocazione anteriore nell'editto opera solo indirettamente, in quanto aggiungendo alla stretta ragion civile anche la ragione di convenienza, lascia di fronte al chiamato *jure civili* la *b. p.* nella sua semplice e nuda natura qual'è di essere *sine re.* — Si valgono principalmente della *l. 10, de collat.* Ma ivi s'impone soltanto per decisione di Scevola la collazione a chi chiede ed ottiene la *b. p.* a favore di chi, pur potendo, non l'ha chiesta anch'esso, ma è erede per dritto civile. Ciò per la ragione, che questo ritiene parte dell'eredità per tale dritto pel quale avrebbe potuto chiedere la *b. p.*; ed è sempre vero che riceve danno dalla *b. p.* del primo. Non si suppone che il secondo abbia chiesto la *b. p.*; ma si dice soltanto, che colui che chiese la *b. p.* (quale il pretore gli avrebbe concesso per la sola metà, se anche l'altro l'avesse domandata) non deve abusare dell'astenersi dell'altro onde neppur conferire.

del pretore « parvi refert » *l. 1, pr. quib. mod. ususfr. vel us. amitt.* — Tali casi di *b. p.* così rafforzata erano col procedere del tempo saliti a quantità considerevole [3]; onde la *b. p.* era ormai riguardata siccome un mezzo per se idoneo a dare tanto quanto dava il dritto ereditario. Sotto l'influenza di queste vedute troviamo detto frequentemente dai giureconsulti nostri, che il *b. possessor* benchè non sia erede però « in omnibus, in omni causa » è costituito « vice heredis, loco heredis »; Giuliano *l. 13, pr. de b. p. c. t.*, Ulp. *l. 2, de b. p.* e *XXVIII, 12.*, Paol. *l. 117, de R. I.*, Gajo *III, 32.*, *IV, 111.* Che « praetorio jure succedat in locum defuncti »; Gajo *IV, 34.* Che il pretore « velut heredes facit » coloro ai quali dà la *b. p.*; Ulp. *l. 1, de poss. her. pet.* Che il chiamato « honorario jure successit »; Ermog. *l. 1, § 4, de munerib.* Che « successio pertinuit per bonorum possessionem »; Scev. *l. 40, pr. de l. 3.* E finalmente Paolo *l. 138, de V. S.* si esprime « Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur ».

§ 642.

Seguono per fermo anche nell'età classica a darsi al *b. possessor* le azioni fittizie, giacchè è sempre vero che non è erede ma è *loco heredis; Gaj. IV, 34.*, Ulp. *XXVIII, 12.* — Segue parimenti a darsi il *q. b.* Ma questo sotto certo rapporto comincia a ravvisarsi modificato. La sua natura resta tal quale era sempre stata: esso è diretto al solo possesso, esclude la questione sul dritto ereditario; onde chi è vinto nel medesimo potrà aver sempre in seguito contro il vincitore la H. P., come erede civile. Ma se la *b. p.* era *cum re* al modo sopra descritto, costui verrà respinto colla *exceptio doli mali*, *Gaj. II, 120, Coll. leg. Mos. et Rom. XVI, 3, 1.* Per esempio il figlio emancipato preterito *agnovit* la *b. p.* (che verso l'erede scritto nel testamento è *cum re, l. 2, si tab. test. null. ext.*): quindi, esercitando il *q. b.* contro l'erede scritto il quale pos-

---

[3] Per esempio cf. *l. 12, pr. de injusto rupto, l. 1, § 9., l. 2, si tab. test. null. extab., Gaj. II, 120, Coll. leg. Mos. XVI, 3, 1.*

sedeva, provò che realmente era figlio, ossia d'esser veramente ammesso alla *b. p.* (§ 609), e così vinse. Può quindi *ipso jure* l'erede scritto esercitare la H. P., ma sarà respinto colla *exceptio doli mali.* Così accade ormai, che la prova fatta nel processo del *q. b.* e la cosa giudicata in esso, non già per opera di aggiunte circostanze come ne' casi marcati nel § 639., ma uniche e sole basteranno a pregiudicare in risultato all'esercizio dèl dritto ereditario. Il *q. b.* pur conservando sempre pienamente l'antica natura nel suo diretto esercizio; la supera sovente, ed abbraccia la questione di dritto, in vista del suo ultimo effetto. — Questo frequente invadere, che il *q. b.*, benchè indirettamente, faceva nella questione di dritto, fu probabilmente [1] la ragione dello aver Adriano introdotto quell'altro rimedio, più nettamente persecutore di mero possesso, che nomasi dagli scrittori *missio ex edicto divi Hadriani*, o *missio Hadriana.* Con questo fu stabilito [2], che se altri dicesse di essere erede testamentario, potesse speditamente venire all'aperizione del testamento, e, recitatolo ed esibitolo al magistrato, potesse entro un anno chiedere la missione in possesso de' beni posseduti dal testatore all'epoca della morte; senza soffrir ritardo da questioni di dritto sullo essere il testamento falso, ingiusto per preterizione di figli, rotto, od irrito, *Paul. III*, *5*, *14-18*, *tit. Cod. de ed. divi Hadr. toll,* [3].

§ 643.

Ne solamente il *q. b.*, antico compagno della *b. p.*, si altera in vista de' suoi effetti finali nella nuova figura che essa *b. p.* ha preso, ma appoggi del tutto nuovi si aggiungono a

---

[1] Questa è congettura di Bethmann Hollweg *Civilpr. II, pag. 250, seg.*

[2] La mira ultima, per cui tal rimedio venne introdotto, fu quella che non si ritardasse il pagamento della *vicesima hereditatum.* Non è nuovo, che disposizioni di legge avessero lo scopo finale di affrettare l'esazione della tassa di successione, cf. mio lib. *Dritto d'accresc. p. 159, seg.*

[3] Come l'editto *D. Hadriani* fosse abrogato da Giustiniano, e come la *missio* sia composta nella legislazione giustinianea, è trattato largamente da Leist *II*, *pag. 290, segg.*

questa. Già dopo che la legge Falcidia avea concesso la detrazione della quarta sui legati, e che in seguito era stato introdotto il *quod legatorum* a meglio eseguire tale detrazione (§ 650), l'interdetto medesimo fu dato ai *b. possessores*, *l. 1, § 11, l. 2, § 1, 4, quod legat.*, *l. 1, C. eod.*, *fragm. vatic. 90.*, *Schol. Bas. XLI, 2, l. 10, Heimb. VI, p. 140.* — Ma ben più gravi cose furono concesse. Il pretore faceva, che le cose ereditarie divenissero *in bonis* del *b. possessor*; Ulp. *l. 1, de b. p.* [1], *Gaj. III, 80.* Credo, del solo *b. possessor cum re*, che sopra descrivemmo; troppo sconcio essendo, che quando la *b. p.* dava di sua natura mero stato di fatto passeggero, il pretore le accordasse coll'*in bonis* quanta solidità era in poter suo d'accordare [2]. — Quel che merita attenzione sopra tutto, è lo avere il pretore dato una vera azione, la *possessoria hereditatis petitio*, *tit. ff. de poss. her. pet.* lib. V. tit. V. È nota la mirabil varietà delle opinioni pronunciate sull'origine di quest'azione e sulla sua utilità di fronte al già competente interdetto *q. b*; tanto da far dire al Walter *§ 632*, essere stata essa azione introdotta non si sa come e per qual motivo. Da Löhr che dice essere stata in pieno uso fin dal principio delle *b. pos-*

---

[1] Il testo è così concepito « Bonorum possessio admissa, commoda, et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta ». La difficoltà, che sorge a colpo d'occhio, si è, che a' tempi d'Ulp. la *b. p.* non poteva dare che l'*in bonis*. CUJACIO, che mancava de' commentari di Gajo, trova un ripiego *I, 819, B.* « Dominium tribuere dicitur l. 1. Sed intelligo dominium possessionis, non dominium proprietatis ». E tuttora FABRICIUS *pag. 45, no. 54* insiste sullo stesso pensiero; solo tenendo per indubitato, che la parola « dominium », sia interpolata dai compilatori, e che Ulp. avesse scritto « possessionem ». LEIST *I, pag. 73* ritiene per esatta la parola « dominium », e non la interpreta per possesso; ma crede doversi pensare sottinteso l'epiteto « fictum ». È più semplice, più analogo al passo di Gajo *III, 80*, e più consono al costume de' compilatori, il supporre, che Ulp. avesse detto, che le cose divengono *in bonis* del *b. possessor*, e che Triboniano abbia inserito la parola « his »: onde non più risultasse designata quella specie di dritto sulle cose, che esisteva al tempo di Gajo e d'Ulpiano, ma di cui anche il nome volevasi abolito nella *l. 1, C. de nudo jure quir. toll.*, e fosse indicato quell'unico dominio che ormai era riconosciuto.

[2] Anche LEIST *I, pag. 240* nega l'*in bonis* al *b. possessor sine re.*

sessiones [3] a Fabricius che la chiama una finzione dei compilatori [4], è la media sentenza di Savigny, di Leist, e di Machelard [5]. Questi tre scrittori ritengono in massima, che la *poss. her. pet.* rimonta all'epoca in cui la *b. p.* divenne rivale dell'*hereditas*; benchè non tutti convengano ne' dettagli. Ad essi ben volentieri mi aggiungo; e credo, che la detta azione fosse precisamente introdotta quando risultò sviluppata la *b. p. cum re* descritta di sopra. Credo altresì, che l'azione medesima sia esclusivamente unita con questa *b. p. cum re*. Imperocchè chiunque mediti sull'ordinario procedere del pretore, chiaro ravviserà come vada unita la *poss. her. pet.* cogli avvenimenti che or ora descrivemmo, e come pianamente si accosti alla detta *b. p. cum re.* Là dove o dal pretore o dal dritto civile era costituito uno stato di fatto equivalente all'esercizio del dritto legittimo, supposto che o per lo stesso dritto civile o per la estimazione del pretore tale stato avesse ad essere solidamente difeso, solevano darsi a chi era in esso costituito azioni simili a quelle competenti alla persona, la quale avesse lo *jus legitimum*, ed alla quale il suddetto era in effetto equiparato. Per dar prossimi esempi, il pretore a difesa della *possessio usus fructus* da lui stabilita, di cui abbiamo ripetutamente parlato, dette azioni simili a quelle che competono all'usufruttuario, *l. 3, si ususfr. pet.* Colui, cui fosse restituito un fidecommesso universale, era privo del nome di erede, ma in effetto aveva l'eredità, cf. *l. 1, § 19, ut legator. seu fideic.* Similissimo al nostro *b. possessor*, ebbe la *fideicommissaria hereditatis petitio* « Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis » *l. 2, de fid. her. pet.* Azione trattata nelle pand. contestualmente alla nostra *poss. her. pet.* per ragione della simiglianza, *tit. VI. dict. lib. V.* Pertanto fu ben naturale, che, sviluppate nell'editto le dette *b. possessiones cum re*, ossia venuta l'abitudine di difendere solidamente lo stato di fatto

[3] *Archiv. XII, pag. 111., Magaz. VI, pag. 418.*
[4] *Rhein. Mus. VI, p. 177, segg., p. 209, segg.,* e *B. p. pag. 200.*
[5] Savigny Zeitschr. f. g. RW. pag. 17, segg., Leist II, pag. 20, segg. Machelard pag. 63.

equivalente all'esercizio del giure ereditario, si desse a quelle azione simile alla competente per la difesa di esso dritto ereditario. Finchè la *b. p.* restava per se pienamente sottoposta ad essere soggiogata dalla H. P. dell'erede civile, e solo poteva risultare *cum re* accidentalmente, perchè o l'erede civile non si presentasse affatto o nel caso fosse il *b. possessor* anche vero erede civile (§ 639, 641); non le fu aggiunta alcuna *hereditatis petitio*. Ma quando la *b. p.* cominciava ad essere *cum re* in virtù della destinazione del pretore, che la dava atta a vincere il vero erede civile; allora di sua forza era quanto l'*hereditas*, ed era conseguente il darle una *hereditatis petitio* secondo le fatte riflessioni « Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas, rationem habere praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes fecit: hoc est, eorum, quibus bonorum possessio data est » *l. 1, de poss. hered. petit.* Al qual parlare di Ulpiano corrisponde quello di Giuliano *l. 13, pr. de b. p. c. t.* « Cum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est, et praedia, et servos hereditarios praestare: omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit ».

§ 644.

Così non è difficile intendere la ragionevolezza ed utilità dello avere aggiunto la *poss. hered. petitio* a tali *b. possessiones cum re;* quantunque il *q. b.*, che per le medesime competeva, conducesse pur esso a risultati solidi e durevoli (§ 642). Imperocchè il *q. b.* anche nella *b. p. cum re* rimane nella sua natura, persecutrice del solo temporaneo possesso; e soltanto per opera sopravveniente dell'*exceptio doli mali* avviene un cangiamento nei finali risultati, che ne seguono l'esercizio (ib.). Ma se l'invitato a quella *b. p.*, invece di sperimentare il *q. b.* e vincere con esso contro l'erede civile, esperimenterà vittoriosamente la *poss. her. pet.;* otterrà, che il pretore quindi nieghi affatto la H. P. civile all'erede stesso,

il quale volesse poscia tentarla, onde non dia due azioni, pari di nome e di cosa, contraddittoriamente. È uno de' casi di quell' *actionem denegare*, assai spesso usato dal pretore.[1] Inoltre la *poss. hered. petitio* non è limitata a perseguire ciò che mai fu posseduto, come lo è l' interdetto *q. b. acquirendae possessionis*, e persegue pur ciò che fu posseduto e poscia perduto. Nè si restringe a perseguitare i soli corpi come il *q. b.*, ma anche i debitori ereditari nel modo e guisa in che può perseguitarli la H. P. civile (§ 607).

§ 645.

Tale era la *bonorum possessio*, tale il *quorum bonorum*, al fiorire della classica giurisprudenza. Ma sviluppata si era di troppo l' abitudine di rafforzare le *b. possessiones* anche dirimpetto agli eredi civili, perchè in breve non si compisse l' opera del parificare negli effetti la *b. p.* e la *hereditas*. Ritengo, che al fine dell' impero occidentale, cioè sul cadere del secolo III E. V., tutte le *b. possessiones* fossero di tal natura, tutte *cum re* nel senso che chi era chiamato dal solo pretore vincesse chi era chiamato dal solo dritto civile.[1] E così si spiega, come finora la espressione più avanzata, che trovisi nella *b. p.*, è quella di Paolo *l. 138, de V. S.* « Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur » (§ 641); che pur si contenta della interpretazione, che talvolta sia, cioè possa essere, pari la potestà della *b. p.* a quella dell' *hereditas*. Ma invece Diocleziano e Massimiano di coloro, che avessero avuto avuto la *b. p.* dicono « heredes eos extitisse, palam est » *l. 1, C. unde lib.* In seguito Costanzo designa

[1] Ved. per esempio *l. 9, pr., § 5, de jurejur., l. 27, pr. de V. O., l. 30, de solution., l. 102, § 1, de R. I.* Anche in CICERONE troviamo un esempio *pro Flacco 21.* « M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit. »

[1] Non già nel senso, che se di due, chiamati dal dritto civile insieme e dal pretore, il posteriormente chiamato avesse chiesta ed ottenuta la *b. p.*, non potesse il chiamato anteriormente ritogliergli le cose colla H. P. Vedi simil nota al § 641 n. 2.

l'acquisto della *b. p.* colle parole « amplectendae hereditatis » *l. 9, C. qui admitt. ad b. p. poss.* Graziano Valentiano e Teodosio dicono alla pari « hereditates... vel legitimas, vel honorarias » *l. 1, C. de sec. nupt.* Anzi il detto Costanzo *d. l. 9, C. qui admitt. ad b. p.* fa illanguidire anche la forma, che marcava l'acquisto della *b. p.*, cioè l'*agnitio*. Costituisce non esser necessario per l'acquisto della *b. p.* che si adisca un giudice o magistrato competente, esser bastevole una qualsiasi dichiarazione « apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros ». E l'istesso imp. *l. 8, C. eod. tit. (Cod. Theod. l. 4, de matern. bon.)* scusa coloro, che entro il tempo stabilito dall'editto successorio non abbian chiesto la *b. p.* « per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcumque aliam rationem ».

§ 646.

Vediamo cosa avvenisse in questo nuovo periodo degli antichi rimedi aggiunti alla *b. p.* — Quanto alle *actiones fictitiae*, che emanavano dalla *b. p.*, perderono il loro carattere nell'abolizione del sistema formolare. — Quanto all'interdetto *q. b.*, ciò che nell'epoca anteriore avveniva talvolta, quando cioè la *b. p.* era *cum re* nel senso suespresso, ora accadeva sempre perchè la *b. p.* sempre era tale. Negli effetti finali poteva sempre pregiudicare la questione del dritto ereditario. In verità al punto in cui siamo il *q. b.* nella sua antica natura non ha più, strettamente parlando, ragione di esistere.[1] Fintanto che i chiamati dal solo pretore potevano, almeno talvolta, essere vinti dagli eredi meramente civili; restò l'utilità del *q. b.*, con cui almeno ai *b. possessores* era assicurato il possesso con i relativi beneficii a preferenza degli eredi medesimi. Ma dacchè tutti i chiamati dal solo pretore sono in grado di vincer l'erede meramente civile, e secondo le cose dette di sopra (§ 643) hanno sempre la *possessoria hered. petit.*, non c'è maggior ragione di dare il *q. b.* ad essi, che non ce

---

[1] MACHELARD *pag. 76.*

ne sarebbe stata per darla agli eredi civili, come tali, accanto alla *civilis H. P.*, prescindendo affatto dalle *bonorum possessiones*. Però non credo, che, appena passata l'età classica, il *q. b.* venisse equiparato e confuso colla *poss. her. pet.* Imperocchè già esponemmo (§ 633) delle costituzioni, di Valentiniano Valente e Graziano *l. 22, C. Th. quor. appell. non recip.*, e di Arcadio ed Onorio *l. 1, C. Th. q. b. (Cod. Iust. l. 3, eod. tit.)*, le quali trattano il *q. b.* come interdetto che di sua natura non accetti la questione di dritto propriamente detto. Durò su questo tenore il *q. b.*, come durano per un lasso di tempo le cose che ebbero lunga e solida esistenza, anche quando cessarono di essere necessarie.

§ 647.

All'età di Giustiniano la *b. p.* ha perduto gli ultimi distintivi nella sua sostanza, ed il *q. b.* la sua vecchia natura. Nella *lex romana Visigothorum*, comunemente chiamata *breviarium Alaricianum*, pubblicata nell'a. 506, vale a dire ventitrè anni avanti al primo apparire delle collezioni giustinianee, già si scorge la confusione che si era fatta fra la *b. p.* e la *hereditas*. Nel principio del libro 3° delle sentenze di Paolo vi è omesso il titolo *de bonor. possess.*; e laddove Paolo *III, 5, 1*, avea detto « hereditas ejus qui a familia occisus esse dicitur, ante habitam quaestionem adiri non potest, neque bonorum possessio postulari », queste ultime parole spariscono nella *Interpretatio*. E la *Interpretatio* alla *l. 1, C. Th. de cretione vel b. p.* osserva « Cretio et bonorum possessio antiquo jure a praetoribus petebatur, quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est » — Su queste idee è ispirata la legislazione di Giustiniano. Secondo essa non era solo che il chiamato dal pretore vincesse l'erede meramente civile; ma i chiamati originariamente dal pretore avevano oggimai ricevuto anche le chiamate delle leggi che erano sopravvenute. Quindi la posizione giuridica dell'*heres* e quella del *b. possessor* si trovavano in quella legislazione del tutto equiparate. Di qui il silenzio quasi assoluto nelle Novelle di

Giustiniano sulle *bon. possessessiones*, ed i nomi di erede e di eredità (« κληρονόμοι, κληρονομία ») adoperati frequentemente a significare tutti i chiamati ai beni del defunto — È per questo, che gli Scoliasti greci considerarono la domanda della *b. p.* come un' adizione di eredità; *Schol. ad Bas. XLV*, 5, *l. 1. Heimb. IV*, 543, *n. 1.* « οὐ δύνανται εἰς τὸ ἀδιτεύειν *(ad adeundum)* τὴν σεκούνδουμ τάβουλας αἰτεῖν διακατοχήν. » Taleleo attribuisce al dritto di cognazione la chiamata all' eredità intestata « Εἰ γὰρ ἕτερον δίκαιον ἔχει συγγενείας τὸ καλοῦν αὐτὴν ἐπὶ την κληρονομίαν, καλῶς αὐτὴν διεκδικεῖ ». Laddove nelle Novelle si diceva, che i figli, che vengono adottati, sono chiamati alla eredità (κληρονομία), Enantiofane [1] sostituisce la *bonorum possessio* « δύνασθαι τὴν διακατοχὴν αἰτῆσαι » *Schol. ad Basil. XLV*, *1*, *l. 9*, *Heimb. IV*, *474.* Anzi Teodoro *Schol. ad Basil. XL, 9*, *l. 3, Heimb. IV, 88* dice risolutamente che la *b. p.* al suo tempo non è più necessaria « πλὴν ἔγνως ἐκεῖσε, ὅτι σήμερον οὐ χρεία διακατοχῆς » [2].

---

[1] Sembra provato, che ENANTIOFANE e l' ANONIMO siano una identica persona; *Prolegom. Basil. Heimb. VI, pag. 15.*

[2] Non ometto però, che nella occasione d' interpretare direttamente de' frammenti di antichi giureconsulti, gli scoliasti riportano la differenza fra l'*heres* ed il *b. possessor*. Per esempio l' Anonimo interpretando un passo d' Ulp. (cf. *l. 11, pr., § 1, de H. P.)* dice « Βονορουμ ποσσέσσωρ ἐσὶν ὁ πραετώριος διάδοχος, τουτέστιν, ὁ διακατοχὴν αἰτῶν. τάξιν γὰρ ἔχει κληρονόμου, ὡς βιβ. etc. κυρίως μόνον κληρονόμος ἐστὶν ὁ καλούμενος ἀπὸ τοῦ δυωδεκαδέλτου ἢ διατάξεως ἢ Σενατουςκονσούλτου. ὁ δὲ ἀπὸ τοῦ πραίτωρος βονόρουμ ποσσέσσωρ λέγεται, ὡς ἐν τῷ ῥητῷ etc. », *Schol. ad Basil. XLII 1. l. 11, Heimbach IV, 193.* Nella interpretazione di un altro passo d'Ulpiano (cf. *l. 2, § 1, fam. erc).* è scritto « Κληρονόμος ἐστὶν ὁ κατά τόν δυωδεκάδελτον, ἢ ἑτερὸν τινα νόμον, ἢ τὰς διατάξεῖς. βονόρουμ ποσσέσσωρ, ὁ κατὰ τόν πραίτωρα », *Schol. ad Bal. XLII. 3, l. 2, Heimb. IV. 252.* Ed in quella d'un altro luogo d'Ulp. (cf. *l. 2, de b. p.)* « Ὁ γὰρ πραιτώριος διάδοχος ὀυ λέγεται τῶν κληρονόμων, ὡσ ἐν τῷ ῥητῷ etc. »: ma si soggiunge immediatamente « ἐν δέ τῷ ρλή. καὶ ρό. τοῦ ις. τιτ. τοῦ ν'. βιβλίου καὶ τὴν διακατοχὴν κλμρονομίαν λέγει » *Schol. ad Bas. XL 1, l. 2, Heimb. IV, 50.*

§ 648.

Si estinse contemporaneamente la natura antica e sì lungamente conservata del nostro interdetto. Compagno fino dalla natività della *b. p.*, non fu mai abrogato, come non lo fu neppur questa. Ma divenne un mezzo di perseguitare quel gius ereditario, che le *b. possessiones* ormai costituivano; divenne, come suol dirsi, un rimedio petitorio, in concorso colla petizione di eredità. Benchè conservasse tuttora la sua limitazione di valer solo verso i corpi ereditarii, e non contro gli ereditarii debitori, siccome giustamente osserva Leist *II*, *p. 256*. Questa ultima sorte del *q. b.* chiara apparisce dal confronto di *Gaj. IV*, *144*, col *§ 3*, *I. de interdict.* Mentre Gajo descrivendo le persone contro le quali può muoversi l'interdetto annovera « tam is qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse », Giustiniano toglie il primo inciso, e dice soltanto « qui putat se heredem esse ». Poichè il darlo contro il vero erede, come era adatto all'antica sua natura persecutoria del mero possesso (§ 633), così contradiceva alla nuova qual'era di difendere il dritto ereditario. La nuova indole del *q. b.*, adatta al concetto che i nuovi tempi avean dato alla *b. p.*, trovasi delineata, e posta in armonia con questo concetto, da Teodoro *Schol. ad Basil. XL 9*, *l. 3*, *Heimb. IV*, *88.* Poichè immediatamente dopo le parole da noi riportate nel paragr. anteced., ove tanto energicamente esprime la indole che alla sua età aveva la *b. p.*, parla del *q. b.* così « Ὁ δειχθεὶς υἱός τινος καὶ αἰτήσας διακατοχὴν κινεῖ τὴν κουόρουμ βονόρουμ ἤτοι περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας · ὡς γὰρ δηλοῖ ἡ β'. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου, πᾶς διακατοχὴν αἰτῶν τὸ εἰρημένον ἰντέρδικτον γυμνάζει κατὰ τοῦ πρὸ νέρεδε ἢ πρὸ ποσσέσσορε νεμομένου ». La prima volta enuncia *q. b.* ed H. P. unendo ambedue col *sive* (ἤτοι); la seconda volta enuncia il solo *q. b.* non ripetendo la H. P.: tanto li riteneva eguali fra loro. — Conchiudo pel nostro *quorum bonorum*, che quattro epoche debbonsi fissare. La prima (sua origine insieme alla *bonorum possessio*); quando e nella sua natura e ne' suoi effetti era semplicemente persecutorio di possesso (§ 633, segg.). La

seconda (epoca classica); quando la sua natura rimase qual'era prima, ma spesso negli ultimi effetti poteva produrre tanto quanto la H. P. (§ 642). La terza (dal fine del secolo III E. V. all'età di Giustiniano); allorchè perseverava la sua natura siccome per lo innanzi, ma poteva sempre produrre ultimi risultati eguali a quelli della H. P. (§ 646). La quarta (età di Giustiniano); in cui prende la natura di difendere il dritto ereditario (paragr. pres.)

Quod legatorum.

§ 649.

Il *quod legatorum*, interdetto *adipiscendae possessionis* Ulp. *l. 1, § 1, q. l.*, è quello con cui l'erede persegue il possesso delle cose legate, che i legatarii avessero occupate senza la sua volontà. È interdetto che regola il solo possesso. Dappoichè quistioni di dritto non solo non sono pregiudicate, ma si suppongono non esistenti. Il dritto ereditario nell'erede è riconosciuto dal legatario, che anzi vi basa la validità del suo legato: il dritto del legato non è dall'erede negato. Solo il possesso si vuol regolato dal pretore, lasciando che dopo restituito il possesso all'erede possa il legatario far valere il suo dritto come tale « Et continet hanc causam: Ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur: ut perinde legatarii possint eum convenire » *l. 1, § 2, q. l.*

§ 650.

Fu cotesto interdetto introdotto dopo che la legge Falcidia ebbe dato facoltà agli eredi di detrar la quarta dai legati.

Nel tempo anteriore i legatarii *per vindicationem* potevano mettersi al possesso senza intervento dell'erede: mentre quelli *per damnationem* doveano aspettare la tradizione di questo onde poter diventare padroni; quelli *sinendi modo* potevano bensì prendere da per loro, ma con pazienza per parte dell'erede [1]; e quelli *per praeceptionem* percepivano veramente il loro legato anche senza cooperazione volontaria del coerede, ma nel *judicium familiae erciscundae* [2]. Introdotta la falcidia, diminuiti furono *ipso jure* i legati, sicchè anche nel legato *per vindicationem* una parte relativa del dominio resta all'erede (§ 390): onde, se tutti interi i legati si trovino presso i legatarii senza sua consegna, esso erede avrebbe la R. V. per la quarta, *l. 26, pr. ad l. Falc.* (d. § 390). Ma fu trovato anche inconveniente, che la operazione della detrazione si facesse dai legatarii: mentre era giusto il lasciarne all'erede il vasto e delicato lavoro. Quindi fu stabilito, che il possesso dovesse anco ne' legati *per vindicationem* partire dall'erede; e che, se i legatarii lo prendessero da per loro, fossero tenuti anche coll' interdetto; il quale (come è solito) dalle prime parole dell'editto si chiamò *quod legatorum*. Insomma con questo interdetto fu vietato al legatario « sibi ipsum jus dicere occupati legatis » *d. l. 1, § 2, q. l.*, allo scopo della libera detrazione della falcidia, *l. 1, C. q. l., Schol. Basil. XLI, 2, l. 10, Heimb. IV, 140.* — Da questi due passi, ed inoltre dalle *l. 1, § 11, l. 2, § 1, 4, q. l.*, e *fr. vat. § 90*, sappiamo che al *q. l.* fu ammesso nominatamente il *b. possessor* (§ 643). — Però nè il *b. possessor* nè l'erede possono validamente servirsi di questo interdetto senza offrire satisdazione al legatario di restituire i legati dopo detratta la falcidia, *l. 1, § 16-18, l. 2, § 1, 3, 4, q. l., l. 1, C. eod.* Come non lo hanno affatto, se per loro volontà il legatario si trovi al possesso del legato quantunque non lo abbia preso

---

[1] Nel mio lavoro *Dritto d'accresc. pag. 28, n. 31* confutai, mi sembra, abbastanza la opinione di coloro, che anche ne' legati *sinendi modo* credono che fosse necessaria per ritenuta sentenza la *mancipatio,* o la *in jure cessio,* o la *traditio* dell'erede.

[2] D. *Dritto d'accresc. pag. 61.*

dalla mano loro, *l. 1, § 11, q. l.*, e quantunque sia caso d'esercitar la falcidia, *l. 1, § 11, ad l. Falc.* [3].

§ 651.

Meritevole di speciale attenzione è quanto al nostro interdetto il testo di Ulp. *l. 1, § 5, q. l.* « Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum: quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet, et si corporaliter res in solidum translatae sunt ». Nell'assimilazione progressiva fatta nel dritto romano fra il diritto dei legati, e quello delle donazioni *mortis causa*, furono però lasciate delle differenze. Una di queste è la cessazione dell'interdetto *quod leg.* nelle dette donazioni. La ragione è chiara: Perchè non si può in esse aspettar la consegna dell'erede; sendochè è nella loro natura che sia fatta consegna dal donante mentre esso è in vita [1]. Ma come si spiega quel testo, il quale apparentemente dà ragione diversa, e sembra dir cosa che essendo comune ai legati diminuiti dalla quarta *ipso jure* parrebbe invece importare decisione eguale a questi nel proposto quesito? Credo, che (come non raramente avviene ne' nostri frammenti) sia in forma di ragione espressa la risposta ad una difficoltà. La difficoltà era: Ma se è vero, com'è verissimo, che per costituzione di Severo la falcidia ha luogo anche nelle donazioni *mortis causa;* tolto il *q. l.*, come potrà l'erede porre in esercizio il suo dritto alla quarta? Ulpiano dà la risposta « portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet, et si corporaliter res in solidum translatae sunt ». Vedemmo nel paragr. antec., che l'erede per lo esercizio de' suoi dritti alla quarta sui legati posseduti dai legatarii senza sua tradi-

---

[3] D'altra parte vedemmo § 409, che se abbiano consegnato intiere le cose legate non valendosi per errore della ritenzione della quarta, in supplemento del cessato interdetto *q. l.*, hanno una *condictio indebiti possessionis.*

[1] Vedemmo § 350, spiegando la *l. 2, de publ. in rem act.*, che nelle donazioni *mortis causa* fatte sotto condizione sospensiva tale consegna non entra nel passaggio del dominio. Ma è sempre vero, che essa è causa del possesso nel donatario; e ciò spetta alla nostra presente discussione.

zione ha l'interdetto, ha anche la R. V. per la quarta, perchè per essa i legati sono *ipso jure* diminuiti. Questo secondo rimedio valeva anche rapporto alle donazioni *mortis causa*; perchè anche in esse la porzione della falcidia resta *ipso jure* presso l'erede, onde la relativa R. V. Ciò è ben chiaro allorquando la donazione fu fatta sotto condizione sospensiva, *si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est*: perchè allora, benchè il possesso sia dato delle cose intere fino dall'epoca della donazione, il dominio passa soltanto al morire del donante; e così ottimamente si concepisce, che tale passaggio avvenga diminuito della quarta, che questa rimanga *ipso jure* presso l'erede, e che così l'erede abbia relativamente la R. V. Meno facile ad intendersi è allorquando la donazione fu fatta sotto condizione risolutiva, *ut jam nunc haberet, redderet si convaluisset vel de praelio vel peregre rediisset.* Imperocchè in tale ipotesi il dominio passò per intero fino dal tempo della donazione: come potrà dunque dirsi che venga la donazione *ipso jure* diminuita per la quarta, che il relativo dominio rimanga in eredità, e così competa recisamente all'erede la R. V.? Ora che la quarta per la costituzione di Severo si detragga anche sulle donazioni *mortis causa* fatte sotto condizione risolutiva, mai, ch'io sappia, ha alcuno dubitato; mentre generale è la detta costituzione, *l. 77, § 1, de l. 2, l. 5, C. ad l. Falc., fragm. vatic. 281.* Ed essendo tali donazioni assai frequenti (§ 350), non è possibile interpretare il testo intendendolo solo delle altre sotto condizione sospensiva, solite sì pur esse ma meno frequenti (ib.). Oltrechè lo appartenere della falcidia anche alle donazioni *mortis causa*, già perfezionate all'epoca della lor confezione e prima della morte, è constatato dalla *l. 77, § 2, 6, de l. 2*, di cui parleremo fra poco, dalla *l. 15, pr. ad l. Falc.*, dalla *l. 82, eod.*, e dalla *l. 2, C. de don. ca. mort.* Chiarissimamente poi apparisce dalle *l. 27*, e *l. 42, § 1, de mort. ca. don.*, ove è detto che la falcidia cessa soltanto nelle donazioni *mortis causa* fatte ut *nullo casu revocentur*. Rispondiamo a tale difficoltà. È vero, che quando il dominio passa con condizione risolutiva, al verificarsi di questa il dominio regolarmente non torna *ipso jure* ma per mezzo di retrotra-

dizioni (mio lib. *De obligationib. p. 150 segg.*). Ma vedemmo (ibid.), che per ragione di convenienza e di singolare equità non poche eccezioni furono fatte; ed una precisamente ne segnammo nella donazione *mortis causa* sulla *l. 29*, *de mort. ca. donat.* autore Ulpiano. Cosicchè verificandosi la condizione risolutiva il dominio si crede tornato senza necessità di retrotradizione, e compete l' utile R. V. Su queste idee l'equità di Severo regolò l'applicazione della quarta falcidia alle donazioni *mortis causa*. La sua costituzione non rese nè potè rendere veramente inutili in parte le donazioni *mortis causa*, che già fossero state colla tradizione perfezionate, ma per parte le rescinde e le revoca [2]. Infatti della parola « revocaretur » si vale Papiniano *d. l. 77, § 6, de l. 2*; come Giuliano adopera la parola « rescindi » *l. 17, de mort. ca. don.*, trattando di donazione *mortis causa* fatta da chi « solvendo non fuit ». Però la rescissione e revoca, che regolarmente dovrebbe farsi per opera di retrotradizione, Severo con un nuovo metodo vuol fatta per mera opera di legge. Ossia per la costituzione di Severo in risultato il passaggio del dominio si ha in donazioni tali come in quelle fatte sotto condizione sospensiva; cioè come se dovesse farsi all'epoca della morte, « morte insecuta quodammodo bonis auferrentur » *l. 42, § 1, de mort. ca. don.:* onde l'erede ritenga il dominio della quarta precisamente come se mai fosse partito dal patrimonio « lege in patrimonio testatoris permansit » *l. 18, C. ad l. Falc.* Così può dirsi con Ulpiano nella nostra *l. 1, § 5*, « portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet » a proposito di tutte le donazioni *mortis causa*, comprese quelle sotto condizione risolutiva; avrà dunque l'erede anche quanto ad esse una *utilis R. V.*

§ 652.

Cujacio *VII, 1239, B. C.* crede, che di *utilis vindicatio* si debba intendere anche l' *actio in factum* di cui parla Papiniano *d. l. 77, § 2, de l. 2,* e l' *actio* di cui parla Pap. stesso *d. l. 77,*

---

[2] CUJAC. III, 195, B.

§ *6.* Quanto all'*actio* del § *6* mi pare che dica egregiamente. Si deduce chiaramente da esso § *6*, che se alcuno per donare *mortis causa* ad un altro manda a un terzo, suo debitore, di pagare a quello il denaro, e questo paga; ove tal donazione ecceda entrando nella quarta, l' erede ha un' *actio* con cui revoca la porzione falcidia. Credo con Cujacio che quest'*actio* sia l' *utilis R. V.*; perchè quando il debitore pagò al donatario, sembra per finzione che egli desse al donante e questo al donatario medesimo (§ 234). Così la donazione cade nel danaro, e si fa *dando*; e ritorniamo precisamente in donazioni *mortis causa* fatte con passaggio attuale di dominio dal donante al donatario, e nel caso da noi or ora descritto di *utilis R. V.* — Non sarei d'accordo con Cujacio quanto all'*in factum actio* del § *2.* La madre, donando *mortis causa*, permise ai figli di stipulare da suo marito la restituzione della dote; e così i figli acquistarono fin d'allora il dritto dalla stipulazione. La donazione fu fino d'allora perfezionata; ma non di cosa, bensì d' uno *jus* personale, non *dando* ma *obligando.* Morta la donna avendo istituite eredi altre persone, se in quella donazione v' è eccesso rapporto alla quarta falcidia, Papiniano dà agli eredi l' *in factum actio* per la quarta del capitale dotale, che i figli donatari percepiranno dal marito coll' azione *ex stipulatu* [1]. Questa *in factum actio* non può essere in verun modo un' *actio in rem.* Basti il riflettere, che la donazione consistette in *jus* contro il marito; e che perciò il dominio delle cose non passò dalla donante la quale per diritto civile non lo aveva, ma passò in seguito direttamente ai donatari dal marito esclusivamente. Il marito per la novazione era divenuto esclusivamente debitore loro; onde non può immaginarsi che ei pagasse ad altri che a loro. Non si può dunque in verun

[1] Nella specie di Papiniano v' era anche un fidecommesso, col quale la donna avea nel testamento rogato i figli donatari (cf. *l. 9, C. de fideic.*) di restituire allo stesso marito la dote: onde il giureconsulto decide, che se non è caso di detrazione di quarta, il marito riterrà la dote intera; se poi è caso di detrazione, egli restituirà ai figli solo questa quarta, che essi dovranno poi consegnare agli eredi coll'*actio in factum.*

modo, rescindendo anche la donazione, ottenere che il dominio rimanga presso gli eredi quanto alla quarta; appunto perchè, tolta pur di mezzo la donazione, il dominio delle cose non si troverebbe nel patrimonio della loro autrice. La rescissione per mera opera di legge, ordinata da Severo, ha per effetto, che senza retrotradizione il dominio si abbia per tornato nel patrimonio del donante da cui escì per la donazione; non può importare, che ci venga quando per donazione non ne escì [2]. Il « remanet ipso jure » di Ulpiano nella *l. 1, § 5, q. l.*, colla relativa R. V. or diretta or utile, per esercitare la falcidia, è vero soltanto delle donazioni *mortis causa* che si fanno *dando*, che però sono le regolari e di gran lunga più solite. Per quelle, che si fanno con uno *jus* personale, il rimedio consiste in una sussidiaria *in factum actio*; come per le altre, che si fan *liberando*, il rimedio può essere una *replicatio*, *l. 15, pr. ad l. Falcid.* Colla costituzione di Severo *provisum est* alla detrazione della quarta dalle donazioni *mortis causa:* ma benchè la R. V. sia la provvidenza di gran lunga più ordinaria, non è però esclusivamente sola [3].

Interdictum possessorium, interdictum sectorium.

§ 653.

Sono due altri interdetti *adipiscendae*, noverati da Gajo *IV, 145, 146.* Ne parlammo § 115, n. 3. Vedemmo esser dati al *bonorum emtor* e al *sector* per mettersi al possesso de' beni, loro venduti o nell' interesse di privati creditori o nell' interesse della Repubblica. Non credo, che ambedue siano di lor natura persecutorii di solo possesso. Tale ritengo che sia il

[2] La spiegata differenza fra donazioni fatte per semplice mandato di pagare diretto al debitore del donante, e quelle fatte per delegazione, importa altre pratiche differenze: cf. *l. 3, § 12, de don. i. v. e. u.* (§ 234) e *l. 5, § 3, eod. tit.*

[3] Dell'applicazione del *q. l.* al legato di usufrutto e di servitù prediali, alla quale spetta la *l. 1, § 8, q. l.* e *fragm. vatic. 90,* diremo § 753.

possessorium. Mentre, quantunque l'impetrante dovesse nella procedura di esso provare d'essere *bonorum emptor*, e ciò risultasse dalla susseguente regiudicata; pure ciò non toglieva, che *ipso jure* gli si potesse fare in seguito, fintanto che non usucapisse, la questione di dritto. Poichè il *bonorum emtor* non avea dominio *ex jure quiritium*, *Gaj. III*, *80*. Certo, che il pretore davagli in tale ipotesi di attacco la sua tuizione (d. 115, n. 3): ma sempre resta, che di sua natura l'interdetto non toglieva la controversia di dritto, e solo la toglieva *per conseguentias* e ne' suoi ultimi risultati. Precisamente come il *quorum bonorum* dato ad una *b. possessio cum re*, frequente all'epoca della classica giurisprudenza, quale fu da noi descritta (§ 641, seg.). Al quale interdetto *q. b.* il *possessorium* « similiter proponitur » *Gaj. IV*, *145*. — Ma non altrettanto direi del *sectorium*; benchè si dia in condizioni di fatto pari a quello del *possessorium*, siccome abbiamo accennato, onde Gajo *IV*, *146* lo dice « ejusdem condicionis ». Provato che abbia l'impetrante (siccome deve) nella interdittal procedura d'aver comperato all'auzione pubblica; è con questo stesso dimostrato, che coll'*adjudicatio* era divenuto padrone *ex jure quiritium* [1]. Quindi non gli si può in avvenire intentar questione di dritto, essendo questa direttamente eliminata dall'accennato sviluppo dell'interdetto. Adunque l'interdetto medesimo non può dirsi affatto diretto al solo possesso.

Il salviano.

§ 654.

Abbiamo finalmente fra gl'interdetti *adipiscendae possessionis* il salviano, così detto dal suo autore; *l. 2*, *§ 3, de interd.*, *§ 3, I. de interd.*, *Gaj. IV*, *147*. È questo, siccome è noto, l'in-

---

[1] VARRO *de R. R. II, 10*. In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit... tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit ». *Gaj. III, 80, vers. interdum* (d. § 115, n. 3).

terdetto, col quale, preceduta convenzione fra proprietario di fondo rustico ed il colono che i mobili i quali verranno da questo *invecta et illata* sarebbero obbligati al primo in sicurezza della corrisposta, il proprietario medesimo reclama quindi lo acquisto del possesso dei mobili in realtà *invecta et illata* in quel fondo. — Si ripete fervida la questione, se sia interdetto idoneo a decidere del solo possesso o del diritto, ossia secondo il modo comune di parlare se sia possessorio o petitorio. Che sia possessorio, è opinione difesa fino dal tempo dei glossatori, poi da Cujacio *III, 130, VI, 338, seg.*, ed anche oggi da molti, specialmente da Rudorff che del salviano scrisse nella *Zeitschr. f. g. R. W. XIII, p. 209-225, p. 237-245*, da Leist *Die b. p. I, 382*, da Vangerow *Lehrb. I, § 390, not.*, da Maynz *§ 253*, e da Machelard *p. 122, segg.* Ma che sia petitorio, sostengono per converso Savigny *p. 367*, Huschke *Studien I, 4*, Bethmann *Civilpr. II, p. 354.* Sottoscriverei ai secondi, e perciò crederei che il salviano di sua natura sia estraneo al nostro trattato. Però bisogna pur dirne quanto è necessario per la dimostrazione della verità di cotesta opinione. — Pertanto è nostro assunto, che il salviano attribuisca bensì il possesso, ma in conseguenza del riconosciuto dritto di pegno; come la serviana, della quale ancora è vero che « possessionem avocat » *l. 66, pr. de evict.*, ma sotto simile punto di vista. Veniamo alle prove. Nel campo stesso degli avversari è accreditata sentenza, che il salviano sia stato introdotto prima della serviana, e che fosse da esso costituito il primo legale riconoscimento delle mere convenzioni di pegno [1]. Dunque lo scopo, a cui mirò il pretore nell'introdurlo, fu quello di sanzionare e difendere un dritto, e non già quello di regolare lo stato di fatto del possesso. E qui, per sciogliere una difficoltà ed insieme determinar meglio l'assunto, si noti la diversità del procedere del pretore quanto al *de superficiebus*. Il pretore era già determinato di difendere il solo possesso a prò del superficiario; e se altre ragioni non fossero accedute, avrebbegli

[1] Rudorff *pag. 217*, Machelard *pag. 107 seg.*, Maynz *loc. cit.*, ecc.

dato il solito *uti possidetis*, come gli dette il solito *unde vi*, *l. 1*, *§ 5, de vi*. Ma venne il pensiero di difendere contemporaneamente un dritto, che fino ad allora non avea goduto di rimedi giudiziarii. Allora fu creato il *de superficiebus*, che mentre difendeva e regolava pienamente il solo possesso, pure in qualche modo benchè imperfetto difendeva pur anco quel diritto; modificazione mera dell'*uti possidetis* (§ 143). Perciò il *de superficiebus* spetta al nostro trattato. Ma l'interdetto salviano non sarebbe stato introdotto dal pretore, se non fosse stato da questo rimarcato un dritto da difendere: composto unicamente per questo, non può dirsi diretto a regolare il solo possesso. Difende un dritto di pegno stabilito da mera convenzione; e lo difende pienamente e perfettamente, sicchè introdotta in epoca più recente l'azione serviana, concorra colla medesima: onde si spiega, come per la pochezza della sua attuale utilità Giustiniano così pochi testi ci ha lasciati sul salviano.

§ 655.

È ben noto, come quest'ultima proposizione, su cui stà il nodo della questione, sia disputata. Gli avversarii difendono, che la questione del dritto di pegno non è esaurita nel salviano; sostenendo, che non vi si ammette l'opposizione del colono, il quale asserisca non valere il pegno perchè un terzo e non esso stesso sia il padrone delle cose *invecta et illata*. Per cui possa vincersi nel salviano senza che valga il pegno; su di che possa perciò disputarsi quindi *ex integro* nella serviana senza ostacolo di *exceptio rei judicatae*. — Ma i pochi testi, che trattano del salviano, mi sembrano chiari per la contraria tesi che è la nostra, supponendo pel retto uso del salviano la verità del pegno e specialmente la proprietà degl'*invecta et illata* nel debitore colono. Gordiano nella *l. 1, C. de precar. et salv. interd.* si occupa di vedere in una fattispecie se si dia il salviano o non si dia, supposta l'ipotesi d'un *pignus* sussistente, e di cose che « obnoxia sunt » veramente al creditore. Paolo *V*, *6*, *16*, pone simil questione sulla sup-

posizione del debitore che ha obbligate le cose « quae habet quaeque habiturus est ». Ancor più conchiudente è Paolo stesso *l. 2, § 3, de interd.*, ove dice che il salviano interdetto « est de pignoribus ». La decisione di Giuliano *l. 1, § 2, de salv. interd.*, che, se il colono ha indotto una cosa a lui comune con un altro, l'interdetto non può più esercitarsi che « pro parte dimidia », ha la sua ragione esclusivamente nella nostra tesi [1]. Gajo *IV, 147* dice, che il salviano si adopera « de *rebus coloni*, quas ipse pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset »: e Giustiniano riporta precisamente le stesse parole parlando del salviano nel *§ 3, I. de interd.*; nell' istesso modo, che « de rebus coloni » si esprime quanto alla serviana *§ 7, I. de actionib.* Finalmente Teofilo *ad § 3, I. de interd.* « κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα κινηθήσεται τὸ Σαλβιάνειον ἰντέρδικτον ».

§ 656.

Ora vediamo di quali testi si valgono gli avversari per conchiudere che non sia ammessa nel salviano la questione sulla proprietà del colono. Alcuni [1] argomentano dalle parole « pignoris jure... tenentur » che trovansi nel *d. § 7, I. de actionib.* quanto alla serviana, mentre mancano ne' frammenti relativi al salviano. Ma per significare la parità della questione non è necessario adoperare identiche espressioni. Quando (come accordano gli avversari) è necessario pel salviano il provare la convenzione di pegno, e la posteriore induzione nel fondo [2]; quando i testi sul salviano richieggono inoltre che

---

[1] CUJACIO *VI, 338, seg.* riferisce il *d. § 2* alla serviana, come anche ad essa riporta l'ultimo verso (*At si* etc.) del preced. *§ 1.* Ma come vedremo non essere vero che questo verso spetti alla serviana, quantunque vi si parli di « utilis actio »; così a maggior ragione riteniamo che ciò non sia vero per il *§ 2,* che parla di « pignoris persecutio » ottimamente conveniente al salviano. Tutto il testo di Giuliano nella *d. l. 1,* riportato sotto il titolo *de salv. interd.*, riguarda precisamente l' interdetto salviano.

[1] Vedi MAYNZ *loc. cit. n. 7.*

[2] Si consultino su questo punto ambedue i frammenti, che compongono nelle pand. il titolo *de salviano interd.*, e TEOFILO *ad § 3, I. de interd.*

si tratti « de rebus coloni »: è come richiedere che le cose *pignoris jure teneantur*. — Altri [3] notano, che nella *l. 1, pr. § 1, 2, de salv. interd.* la prova dell' impetrante è limitata a dimostrare *pignoris nomine inductam esse;* lo che è ben diverso dal *rem pignoris nomine teneri*, come apparisce dalla *l. 1, § 5, de migrando*: mentre la seconda espressione significa « ut in bonis fuerit conductoris », la prima poi si adopera « etsi aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint ». L'argomento sarebbe buono, se il *pignoris nomine inductum* non si potesse dire che delle cose aliene, ove dritto di pegno mancasse in verità. Ma la *l. 1, § 5, de migr.* dice che può dirsi « etiam » di queste; dunque (come è già da per se chiaro) anche delle altre proprie e veramente obbligate. Ciò posto, è da osservare, che quando nella *d. l. 1, de salv. interd.* si adopera l'espressione *pignoris nomine inducta*, non si adopera come usata dal pretore nella formola stessa del salviano: mentre se davvero fosse nella formola medesima richiesto soltanto che le cose venissero *pignoris nomine inducta* (come nella formola del *de migrando, d. l. 1, pr., § 5, de migr.*), dovrebbe conchiudersi, che compete il salviano sia che le cose indotte appartengano al colono sia che non gli appartengano. Essendo quella una mera espressione di Giuliano, adoperata nella esposizione fatta dal giureconsulto di diverse fattispecie, non esclude affatto la necessità della proprietà nell' inducente. Infatti Ulpiano *l. 2, de salv. interd.* si esprime invece « pignora sint invecta »: non *pignoris nomine*, ma *pignora*, ribadendo così la necessità del pegno sussistente. — Inoltre gli avversari fanno argomento *a simili* dal *de migrando*, nel quale, come vedremo, basta che *res pignoris nomine inductae fuerint* nell'abitazione, nè è punto necessario che fossero *res propriae* dell'affittuario e che il pegno fosse valido. Però sfugge loro la differenza che esiste fra questo interdetto ed il salviano; onde è tolta la possibilità di argomentare *a simili* dal primo al secondo. Il *de migrando*, lo vedremo a suo luogo, è interdetto competente al conduttore

---

[3] Vedi Leist *loc. cit.*

(inquilino) onde poter portar via, dopo soddisfatto il proprietario, quegli stessi *inducta et illata*, che esso proprietario avrebbe dritto di ritenere se non fosse stato soddisfatto. Ora il proprietario non soddisfatto aveva lo *jus retentionis* sulle cose tutte *pignoris nomine inducta*, cf. *l. 1, § 5, vers. Quod si, de migr.* Quindi fu logico dare per tutte le cose medesime al conduttore il *de migrando* nell'ipotesi contraria dell'avvenuta soddisfazione (§ 706, n. 4). Il salviano non ha a modellarsi sopra simili confronti. Non è il conduttore (colono) ma il proprietario che lo esercita, in forza de' dritti che gli derivano dalla convenzione di pegno. Il pegno dev'essere da lui dimostrato. La stessa diligenza, colla quale i giureconsulti ne' pochi frammenti che abbiamo sul *de migrando* ripetutamente avvertono e spiegano l'indifferenza di proprietà sulle cose nel *de migrando, d. l. 1, § 5, l. 2, cod.*, e il non rinvenirsi un simile loro procedere nei frammenti sul salviano, indicano anzi, che sopra questo punto è diversa del tutto la sorte de' due interdetti. — Per dimostrare il loro assunto, che cioè il salviano sia, come dicono, interdetto possessorio; recano gli oppositori anche altri argomenti. Osservano che esso interdetto è *adipiscendae possessionis*. Ma tale argomento non ha valore per noi, che defendemmo poter essere interdetti *adipisc. possess.* anche quelli che « rei persecutionem continent » (§ 602, segg.). — Aggiungono, che il salviano poteva esercitarsi ancor prima che il debito della corrisposta fosse scaduto; dal che dicono risultar chiaro [*], che in esso non si decideva la questione sul dritto di pegno. Ma non so intendere che argomento sia questo: Il salviano davasi anche prima della scadenza del debito al locatore, ond'esso fin d'allora si assicurasse delle cose a lui oppignorate; dunque il locatore non vi dovea dimostrare il proprio dritto di pegno sulle medesime. Mentre anzi più si concedeva al locatore di facoltà sul pegno, più ragionevole era il richiedergli la prova di esso. Al che si aggiunga, come gli stessi oppositori riconoscono, che già per dritto delle pandette

[*] « Versteht sich von selbst » dice LEIST, che su questo punto fissa la ragione dell'interdetto salviano.

l'*actio in rem* si dava al creditore per la persecuzione del pegno pur prima della scadenza del debito; o, come altri fra essi si esprimono, che per dritto giustinianeo ciò fosse ricevuto nell'azione ipotecaria [5]. Mentre nell'*actio in rem* è certamente piena disputa sul dritto di pegno.

§ 657.

Finalmente gli avversari tengono gran conto della *l. 2, de salv. interd.* Ulp. « In salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta: possessor vincet; et erit eis descendendum ad servianum judicium ». Adunque, dicono, il successo del salviano non è definitivo, non identica la sua discussione a quella della serviana; poichè resta al vinto in quello libero l'esercizio di questa. — Per bene intendere l'opposto frammento convien esattamente comprendere quell'espressione « possessor vincet », che nel medesimo viene usata a proposito dell' interdetto salviano. Cujacio *loc. cit.* l' intende nel modo seguente: Se sian due padroni d'un fondo, a favore de'quali il colono ha convenuto che saranno obbligati gl' *invecta et illata*; o tal convenzione è stata fatta nel senso che le cose stesse siano *in solidum* obbligate ad ambedue, o nel senso che lo siano *pro partibus*. Venendo i due proprietari in lite fra loro sul pegno, nel primo caso dice Cujacio che sarà preferito nel salviano colui che sia già arrivato a possedere le cose « possidentis conditio melior erit » *leg. 1, § 1, vers. Si colonus, de salv. interd.*; nel che è pari la causa della serviana *l. 10, de pignorib. et hypoth.* Nel secondo caso dice, che v'è differenza fra salviano e serviana. Che nella serviana potrà ciascuno agire per la parte sua anche contro il condomino il quale già tutto possegga; e ciò deduce il Cujacio non solo dalla *d. l. 10, de pignorib.*, ma anche dalla *d. l. 1, § 1, vers. At si, de salv. int.*, ove l' espressione « utilis actio » è da lui riferita precisamente alla serviana. Mentre nel salviano tornerà anche in questa ipotesi la vittoria per

[5] Su questo articolo cf. *l. 14, pr. de pignorib.*

colui che avesse già preso il possesso, anche qui sarà « melior conditio possidentis ». La ragione di tal differenza fra la serviana ed il salviano nel secondo caso è assegnata da Cujacio in questo, che col salviano si persegue solo il possesso ma questo intero e solidale; mentre nella serviana si questiona sul dritto di pegno, onde non vi si può dall' attore eccedere l'importanza del relativo dritto proprio. Pertanto il grande interprete tolosano spiega la *l. 2*, riportandola al secondo caso; che cioè quello de' due locatori, il quale, avendo convenuto sul pegno *pro parte*, abbia preso primieramente il possesso di tutte le cose, non possa esser vinto in alcun modo nel salviano, ma dopo che sarà risultato vincitore nel salviano potrà essere convenuto dal condomino colla serviana per la parte che questo ha di dritto di pegno, e perderà in questo giudizio.

§ 658.

Questa spiegazione, la quale certamente riguarda il salviano in modo opposto a quello che noi riteniamo nella questione che ci occupa, già dispiacque a ragione ad altri benchè pur essi nostri avversari nella questione medesima [1]. Infatti perchè mai il salviano, seppure perseguitasse il solo possesso, dovrebbe perseguitarlo intero e solidale, come Cujacio asserisce nulla aggiungendo per provarlo? Consta invece, che può esistere presso due possesso *pro indiviso* (§ 183); onde interdetti trovansi dati aventi per obietto una parte indivisa di possesso, *l. 1, § 6, quoad legat.*, *l. 1, § 7, uti possid.* Dicono piuttosto, che se la convenzione fu, che le cose fossero ai due locatori obbligate *pro partibus*, tanto il salviano quanto la ser-

---

[1] Invece SAVIGNY e HUSCHKE, coi quali pensiamo in essa questione, accettano il principio di Cujacio, che fra due locatori, pei quali siasi convenuto *pro partibus* il pegno degl' *invecta et illata*, abbia ad essere preferito quanto al salviano il possessore, mentre la serviana possa e debba essere sempre esercitata *pro parte* da ciascuno. Cercano dare interpretazioni varie, che siano in consonanza colla nostra opinione. Ma che tali interpretazioni non siano punto soddisfacenti, è ben dimostrato da MACHELARD *pag. 137 seg.*

viana soltanto per parte debbano e possano sempre promuoversi da ciascuno. Allegano per la serviana la *d. l. 10, de pign. et hyp.*; pel salviano poi la *l. 1, § 1, vers. At si, de salv. int.*, che essi ragionevolmente intendono non di serviana ma di salviano, interpretando l' « utilis actio » o dell' *actio ex interdicto*, come Rudorff, o dell'interdetto stesso, come sembra preferire Machelard [1]. Fin qui siamo dell' istesso sentimento anche noi. — Quanto all'altro caso, che cioè ai due locatori fossero obbligate le cose *in solidum*, mentre pel salviano si accordano (ed a ragione, in forza della *l. 1, § 1, vers. Si colonus, de salv. int.*) che « melior est conditio possidentis », per la serviana si dividono fra di loro. Rudorff e Vangerow dicono. che vi può essere ipotesi in cui la serviana vada giudicata da diversa regola, di modo che chi vinse nel salviano possa dopo

---

[1] Non ci revoca alla serviana l'espressione » et adversus extraneos » quasichè non possa spettare al salviano secondo la *l. 1, C. de prec. et salv. interd.* « id enim (interdictum salvianum) tantummodo adversus conductorem debitoremve competit ». Che in verità anche il salviano si dia contro qualunque possessore risulta anche dalla *l. 1. pr. de salv. interd.*, è detto da TEOFILO *ad § 3, I. de interd.* (« κατὰ παντὸς κατέχοντος »), è confermato dallo scoliaste ne' basilici *LX, 17, 28, Heimb. V. 593* (« ὁ μὲν τὸν ἀγρὸν μισθώσας ἣν τυχὸν Πέτρος, ὁ δὲ μιστωτὸς Παῦλος · ὁ δὲ ἀγοράσας ἀπὸ Παύλου τοῦ μισθωτοῦ θεράπαιναν Μάρκος . ἔχει οὖν το παρὸν ἰντέρδικτον περὶ τῆς δούλης καὶ τοῦ ταύτης τοκετοῦ ὁ Πέτρος κατὰ Μάρκου . »); e tale opinione è la più generalmente adottata dagli scrittori, che varie interpretazioni danno alle riportate parole di quel testo di Gordiano. Cf. THIBAUT *Arch. f. Prax. XI. p. 143 seg.*, che fa di tali interpretazioni una dettagliata relazione. Preferirei quella di ZINMERN, sviluppata da HUSCHKE e seguita da MACHELARD; che cioè nella fattispecie la disputa fosse sopra creditore, diverso da un locatore; e che Gordiano neghi, che il salviano possa esercitarsi in tal caso, soggiungendo doversi promuovere la *utilis serviana*. Dicendo che il salviano si dà solo contro il conduttore segnala la più fluida e ordinaria applicazione del medesimo secondo la sua giusta natura, che lo restringe ne' limiti del contratto di locazion conduzione, come fonte della obbligazione principale. Però le parole « adversus conductorem debitoremve » non intenderei per « conductorem debitoremque » (cf. Machelard *pag. 118*); ma così: Contro il conduttore semplicemente tale e avanti la scadenza del suo debito (§ 656), o contro il medesimo divenuto inoltre debitore di presente pagamento per essere il suo debito scaduto.

perdere nella serviana. Questa essere la ipotesi della *l. 2, de salv. int.*, alla quale danno la specie seguente. Prepongono (ciò che vedemmo esser falso), vincersi nel salviano anche se le cose indotte nel fondo locato siano di proprietà di terza persona: dicono, doversi supporre che nella specie di *d. l. 2* era accaduto per l'appunto che cose aliene fossero state indotte dopo quella convenzione che gl' *invecta et illata* fossero solidalmente tenuti ai due locatori. Poi vi aggiungono un' altra importantissima circostanza, vale a dire che uno de' locatori avesse avuto licenza di oppignorazione dal padrone delle cose, e l'altro no. E poi aggiungono, che si trovasse primo nel possesso colui che mancava di cotesta licenza. Secondo i nominati scrittori contro questo non potrebbe l'altro vincere nel salviano, perchè tale interdetto tratta di mero possesso; ma vinto nel salviano potrebbe agire colla serviana, ove trattandosi di dritto, che nel caso solo in esso si trova, ei vincerebbe. Interpretazione è questa, che evidentemente forzata pel cumulare di straordinarie e rare circostanze taciute dall'autore della *l. 2*, è del tutto inammissibile; e come tale è giudicata da un altro avversario nostro, dal Machelard. — Il Machelard invece pel caso delle cose obbligate ai due locatori *in solidum* fa per modo di regola quella distinzione fra salviano e serviana, che Cujacio faceva per l'altro delle cose obbligate *pro partibus*. Cioè che, mentre nel salviano è « melior conditio possidentis », la serviana per converso debba e possa sempre promuoversi da ognuno per parte. Rende la seguente ragione di differenza. Che nel salviano vinca chi già possiede, non reca alcun grave inconveniente, dappoichè non vi si prende che una misura transitoria, non decidendo che del possesso. Ma sarebbe intollerabile nella serviana, dove si agita uno *jus in re*, che venisse un dei due preferito, e questo valesse ad escludere l'altro, pel solo avvenimento del preoccupato possesso. Pertanto questo autore riferisce la nostra *l. 2* alla ipotesi della convenzione di solidale oppignoramento: che cioè un de' due locatori vinca nel salviano pel possesso da lui preoccupato, ma possa essere quindi vinto nella serviana. Se non che la spiegazione che dà il Machelard alla *l. 2*, opposta pur essa manifestamente

alla opinione che difendiamo sulla natura del salviano, trova un ostacolo insormontabile nella *d. l. 10, de pign. et hyp.* Nel caso delle cose oppignorate solidalmente v'è detto quanto alla serviana quell' istesso, che quanto al salviano è scritto nella *l. 1*, *§ 1*, *vers. Si colonus*, *de salv. int.*, cioè « Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos serviana utentur, inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio, si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset ». Sente il professore parigino la forza di tale opposizione, e ricorre ad incolpare la mano dei compilatori, che abbiano erroneamente corretto il testo nella *d. l. 10.* Ma non cesseremo dallo inculcare, che quando i frammenti possono bene spiegarsi, a supposti errori de'compilatori non si deve ricorrere. Ora crediamo, che bene s'intenda la *l. 2* in piena armonia colla *l. 10*, purchè si smonti dal partito di voler spiegare la *d. l. 2* colla pretesa differenza fra salviano come rimedio volto al solo possesso, e la serviana azione sul diritto.

§ 659.

È mia opinione, che, come pari è la causa del salviano e della serviana allorchè fu convenuto sul pegno pe' due locatori *pro partibus* (ambedue i locatori debbono e possono sempre promuovere interdetto o azione *pro parte*, *l. 10*, *vers. si autem*, *de pignorib.*, *l. 1 § 1*, *vers. At si*, *de salv. int.*); così pari sia la causa del salviano e della serviana nell'altro caso delle cose oppignorate *in solidum.* Che cioè in questa seconda ipotesi vinca e nell'interdetto e nell'azione il possessore, « melior est conditio possidentis ». La *l. 1*, *§ 1*, *vers. Si colonus*, *de salv. int.* quanto al salviano, la *l. 10*, *de pignorib.* quanto alla serviana, sono troppo categoriche ed evidenti. Cosa significa adunque la *l. 2*, *de salv. int.*, la quale trattando (come noi pure crediamo) di questa seconda ipotesi ammette che dopo la vittoria del possessore nel salviano possa il medesimo essere

vinto col giudizio serviano? Non sarà difficile intenderla, purchè le si diano le proprie circostanze, non complicate e rare ad accadere come quelle da altri supposte (paragr. preced.), ma piane, ovvie, facilissime, tanto da poter essere e negli eventi aspettate e nello scrivere supposte da Ulpiano. Fu fatta la convenzione, che le cose indotte nel fondo locato sarebbero *in solidum* obbligate ai due locatori Gajo e Tizio; e, indotte poscia le cose, un de' due, Gajo, venne al possesso. Agitata fra essi stessi questione di salviano allo scopo che si decidesse chi dovesse possedere per esercitare sulle cose i dritti di creditore, Tizio benchè provasse (secondo la nostra opinione) il suo dritto di pegno, perdette; vinse Gajo perchè « melior est causa possidentis ». Dopo tale vittoria Gajo fece quel che fanno tutti i creditori dei pegni: venuta l'epoca del pagamento, e non pagata la corrisposta dal colono, vendette le cose pignorate. Accadde allora quel che accader suole, ed era già stato preveduto fin da quando si era convenuto che le cose fossero oppignorate per tutti e due i locatori. Il prezzo delle cose vendute superava l'importare del credito di Gajo, condomino venditore. Certo che per questo avanzo (« hyperocha » è chiamato elegantemente da Trifonino *l. 20, qui potior. in pign.*), l'altro condomino Tizio, che non fu soddisfatto e che pur è munito di dritto di pegno, ha giuste pretese; come le ha ogni creditore ipotecario sulla parte di prezzo dei pegni, che resta nelle mani dell'altro creditore il quale vendendoli si è soddisfatto per primo, *l. 12, § 5, qui potior. in pign.* E con qual mezzo giuridico potrà Tizio far valere queste sue giuste pretese contro Gajo che quel residuo ritiene? Con quello stesso, del quale si valgono gli altri creditori ipotecari contro il primo nella ipotesi stessa. Questo non è l'*officium judicis*, nè la *condictio ex lege*, nè l'*actio in factum*, come suppone incerto ed esitante Accursio; ma l'*utilis serviana*, come ottimamente stabilisce Cujacio interpretando la *d. l. 12, § 5, IV, 648, D, 1291, E.* Imperocchè non solo ne'giudizi reali universali è vero che il prezzo succeda in luogo della cosa *l. 22, de H. P.*; ma anche ne'reali particolari ove urgente ragione di giustizia lo voglia *l. 15, § 1, 2, de R. V.* Tale succedere ben fa-

cilmente dev'essere stato indotto nella serviana, di cui la formola fu certamente assai pieghevole a prestarsi a svariati eventi; onde Gajo e Marciano composero libri appositi *ad formulam hypothecariam*. Non può certamente nel nostro caso il creditore non soddisfatto esperimentare l' interdetto salviano contro l'altro che vendette, si soddisfece, e ritiene un residuo, benchè a questo si presterebbe la natura dei crediti e dei pegni in questione; sia perchè la formola del salviano era strettamente concepita « de rebus » *Gaj. IV, 147*; sia perchè niuna urgenza vi avrebbe persuaso il succedere del prezzo alla cosa, quando a tal bisogno, dopo che fu inteso, era stato pienamente provveduto coll'ammettere un simile succedere nella serviana. Pertanto nella nostra specie Tizio, benchè avesse prima perduto, siccome esponemmo di sopra, nel salviano in questione di chi avesse a possedere per esercitar sulle cose i dritti di pegno, ora potrà esercitare un giudizio serviano allo scopo di farsi consegnare il residuo del prezzo. Senza che osti la regiudicata; non già perchè non fosse stato questionato anche nel salviano de'dritti di pegno, ma perchè vi si era di essi questionato ad uno scopo affatto diverso. Col salviano si litigò per farsi dare le cose, onde possederle ed esercitare su di esse i dritti di creditore; ed ivi Tizio avea torto. Ora Tizio litiga nel giudizio serviano allo scopo di farsi consegnare il residuo prezzo; e qui egli ha ragione. Le questioni sono del tutto diverse. Così mi sembra spiegato il caso di passaggio dal salviano alla serviana, del quale parla Ulp. *l. 2, de salv. interd.*: caso, in cui la serviana dirigendosi ad un nuovo obietto, diverso da quello del salviano, si può promuovere in vista di avvenimenti accaduti dopo l'esercizio e la decisione sul salviano medesimo; onde in essa può vincere chi nel salviano aveva perduto. Pertanto detta *l. 2* conferma le nostre idee sulla natura del salviano, che contenga e risolva questione di dritto di pegno e non solo di possesso; che sia perciò estraneo al nostro trattato. Mentre chi ci vuol riconoscere la tesi, che il salviano sia rimedio, come dicono, possessorio, è costretto o a fissare regole erronee (§ 657), o a dare interpretazioni forzate, o a correggere testi (§ 658).

ARTICOLO SECONDO

Gl' interdetti *retinendae possessionis.*

§ 660.

Fin qui degl' interdetti *adipisc. possessionis.* Passando ora alle altre classi, premettiamo poche parole sulla distinzione fra i *retinendae* ed i *recuperandae.* Gl' interdetti *retinendae possionis* sogliono essere distinti dai *recuperandae possessionis* nel modo seguente: I primi riguardano la forza che i nostri antichi scrittori chiamano *inquietativa* e oggi i tedeschi nomano *Störung*; i secondi riguardano la forza che gli antichi appellano *espulsiva* e i tedeschi dicono *Entziehung.* Questa spiegazione ha certamente un lato di verità: in quanto che se già all' epoca del promuovere gl' interdetti vi fu forza espulsiva, non si può parlare d'interdetti *retinendae* ma solo dei *recuperandae.* Però non è esatta nel senso, che i primi non riguardino che la suddetta forza inquietativa. Anche senza tale forza e per semplici minaccie si può promuove interdetto *retinendae.* E dopo promosso, anche la sopravvenente forza espulsiva cade nella relativa condanna. Come meglio verrà dichiarato nel trattato; specialmente nel § 679. Teniamoci adunque a ciò che dissero i romani, e non aggiungiamo altro. Gl' interdetti *retin. possess.* difendono il possesso che abbiamo allorquando li promuoviamo; gl' interdetti *recup. possess.* riguardano il possesso che avemmo ma che all'epoca del promuoverli più non abbiamo. Ora al trattato de'singoli interdetti *retinendae possessionis.*

Uti possidetis.

§ 661.

Non v' ha dubbio che questo interdetto non solo è diretto a regolare il solo possesso, ma che inoltre è di questo effetto e difesa almeno in molte sue applicazioni (§ 57). Ulpiano

l. 1, pr. u. p. riferisce la formola di esso interdetto « Ait praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis: quominus ita possideatis, vim fieri veto ». Perchè Ulp. ci parli di soli edifici, non è a credere, che non vi fosse *uti possidetis* pei predi rustici; lo che non sarebbe punto vero, *d. l. 1, § 7, 8, u. p., Gaj. IV, 149, 150.* Ma si deve ritenere, che quel giureconsulto riferisca solo un esempio che era nella città il più usitato. Onde è che Gajo *IV, 160* senza espressione d'obietto riporta la formola così « Uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto». Anzi Elio Gallo presso Festo *v. possessio* conserva la concezione spettante ai predi rustici « Uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, uti ita possideatis, adversus ea vim fieri veto ». Non è però da veruna autorità confermata la congettura escogitata da Savigny *pag. 180* per comodo delle sue supposizioni sull'origine della difesa del possesso in rapporto coll'*ager publicus* [1]; che cioè fosse più antica la concezione sui predi rustici, e che solo in epoca più tarda sopraggiungesse la menzione degli edifizi.

§ 662.

A capo del trattato di questo interdetto *duplex* [1] è buono preporre la esposizione del suo processo, seguendo *Gaj. VI, 166-170*; troppo essendo la medesima necessaria nello sviluppo delle dispute che sull'*uti possidetis* si fanno. Il processo nell'*u. p.* presenta notevoli differenze da quello adoperato negli interdetti *simplicia*, del quale parlammo § 59. Il primo atto processuale dopo impetrato l'interdetto consiste nella *fru-*

---

[1] Di queste supposizioni già tenemmo parola § 54 n. 1. Aggiungiamo qui l'osservazione dell'antichità dell'*utrubi*, il quale spetta, com'è noto, alle cose mobili. Vedremo a suo luogo (§ 663), che già PLAUTO ne fa menzione.

[1] *Duplex* in senso ben diverso da quello della simile denominazione usata nella *l. 2, § 3, de interd.* (cf. artic. 4° di questo cap. 2° del nostro lavoro).

ctuum licitatio; per mezzo della quale viene, durante il processo stesso, costituito possessore colui, che prometta all'avversario una maggior somma da pagarsi nel caso di perdita, in nome di pena per aver voluto ritenere per quel tempo un altrui possesso colla relativa facoltà di godere la cosa. Tale promessa poi suol farsi per via d'una stipulazione che nomasi *fructuaria*, forse così: *Si ex interdicto, quo de agitur, secundum me judicatum erit, tot nummos dare spondes?* Ciò premesso, il resto della procedura interdittale si sviluppa nel seguente modo. Sendochè l'interdetto è *duplex* nella sua forma, ossia è diretto ad ambedue i litiganti; così ambedue fan le parti e di attore e di reo convenuto. Pertanto, dovendosi in questo interdetto, come negli altri tutti proibitorii (d. § 59), necessariamente venire alle *sponsiones* ed alle *restipulationes*, non uno solo provoca la sponsione nè esso solo è provocato colla restipulazione; come si fa negl' interdetti *simplicia*, ne' quali solo colui, che avea impetrato l' interdetto, provoca la sponsione ed è colla restipulazione provocato. Ambedue i litiganti fanno nell' *u. p.* e sponsione e restipolazione. Ciascuno dei due interroga l'avversario: *Si adversus edictum praetoris vis possidenti mihi facta est; tot nummos dare spondes?*, ed ecco due *sponsiones*. Ciascuno de'due così interrogati interroga quindi a sua volta: *Nisi adversus edictum praetoris vis possidenti tibi facta est, tot mummos dare spondes?* ed ecco due *restipulationes*. Quindi il giudice, dato colla formola delle *certi condictiones*, conosce chi possedesse la cosa *nec vi nec clam nec precario ab altero* prima della *licitatio*, ossia al tempo del reso interdetto; ed avendo l' interdetto, come era stato reso, imposto di non far forza contro chi allora possedesse, il giudice con quello stesso conosce chi abbia commesso forza contro l'editto. Colui, del quale risulti che a quel tempo non possedeva, e perciò che ha commesso forza contro l'editto, viene condannato a favore dell'avversario alle somme contenute nella sponsione e nella restipolazione provocate da questo; mentre l'avversario medesimo, del quale risulta che allora possedeva e che perciò ha sofferto la forza contro l'editto, viene assoluto nella sponsione e nella restipolazione provocate dall'altro. Stabilita così la vittoria di

uno e la perdita dell'altro nel giudizio delle sponsioni e delle restipolazioni, se per avventura il secondo è quello che avea vinto nella *licitatio*, viene condannato ancora alla somma della licitazione, ossia alla somma che in essa avea promesso; e ciò per mezzo di una *condictio* nata dalla relativa fruttuaria stipulazione. Anzi è stato introdotto in epoca più recente, che se al tempo della fatta licitazione fosse stata trascurata la fruttuaria stipulazione, e la detta somma fosse stata promessa per patto mero; pur si dia un'azione e un giudizio, che dicesi *secutorium*, perchè in esso si ha da giudicare secondo le cose già giudicate ne' giudizi delle sponsioni e restipolazioni (« sequitur sponsionis victoriam » *Gaj. IV, 169*), ovvero anche *fructuarium*. Finalmente chi avea superato nella *licitatio* ma poi avea perduto ne' giudizi di sponsioni e restipolazioni, è tenuto col giudizio, che appellasi *cascellianum*, a reintegrar l'avversario del possesso e dei frutti percepiti nel frattempo; chè se non faccia tale restituzione al comando del giudice, egli viene condannato *quanti ea res erit*. Anche a questo giudizio è dato il nome di *secutorium*; perchè la vittoria in esso è conseguenza delle vittorie negli altri sopra esposti giudizi [1]. —

---

[1] Ho detto, che la restituzione dei frutti percepiti dal vincitore nella *licitatio*, vengono nel cascelliano; e questa è la opinione più adottata. Seguendo le traccie di HUSCHKE, il quale sopra diversa veduta ha empito le lacune che trovânsi in *Gaj. IV, 166, 169*, il WITTE nella sua bella monografia *Das interdictum uti possidetis etc. pag. 51 seg.* sostiene che que' frutti vengano nell'altro precedente giudizio *secutorium* nel quale è contenuta la somma della licitazione. Lo arguisce dal nome di stipulazione *fructuaria* e dal nome di giudizio *fructuarium*, nonchè dal menzionare che fa Gajo *IV, 166* la sola restituzione di possesso quanto al cascelliano. — Se Gaio *loc. cit.* parla nel cascelliano di sola restituzione del possesso, ciò è perchè questa ne forma il principale oggetto. Ma quando nel paragr. *167* conchiude enumerando tutte le condanne di colui che avea vinto nella *licitatio* e quindi non avea provato appartenergli il possesso, parla così « sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere, et praeterea possessionem restituere jubetur, et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit ». La restituzione dei frutti non enuncia quando parla della somma della licitazione, come avrebbe fatto se ambedue fossero venute nello stesso giudizio; ma ne parla

Avverto in fine, che quando al cessar del sistema formulario cadde la special procedura degl'interdetti (§ 59 n. 6), cadde anche quella dell'*u. p.*; ed il pretore non più pronunciò, almeno con sostanziali effetti, la speciale duplice proibizione; lo agire prese diretta origine dalla generale espressione dell'editto [3]. Bruns *Besitzklag. p. 55 segg.* si è dichiarato contro; e sostiene, che la proibizione speciale seguita a darsi come prima. Ma è confutato da Randa *pag. 115, n. 10.* Infatti la *l. 1, C. u. p.*, su cui Bruns principalmente si basa, non prova per lui necessariamente. È vero, che Diocl. e Massim. vi dicono « rector provinciae vim fieri prohibebit ». Ma o lo dicono nel senso, non d'una espressa special proibizione onde pigli vita il processo, ma della provvidenza e cura che aver deve il rettore della provincia di proteggere i possessi, in appoggio della generale proibizione enunciata nell'editto, per mezzo delle condanne contro pretensioni ad essi avverse. O nel senso di quella special proibizione meramente formale, che forse rimase anche a questa epoca e che ci parve d. § 59 n. 6 apparire da un passo di Simmaco. Ne' basilici è riportato il testo detratto affatto quell'inciso « Ὅτε ἡ τῆς. διακατσχῆς κινεῖται ἀγωγὴ περὶ νομῆς, νικᾷ ἐκεῖνος ὁ μήτε βίᾳ, μήτε λάθρα, ἤγουν κατὰ παράκλησιν νεμόμενος » *L. 3, 62, Heimb. V, 63* [4].

---

in seguito unendola alla reintegrazione del possesso, oggetto del cascelliano. Nè hanno peso contro la nostra opinione le opposte parole *fructuaria, fructuarium.* Non sono queste adoperate per significare che annessa vi fosse la restituzione dei frutti: lo che sarebbe stato inconveniente, dacchè anche secondo Witte l'oggetto principale di quella stipulazione e di quel giudizio è la somma della licitazione e i frutti non vi comparirebbero che come accessori; ora non è verosimile che a detta stipulazione, a detto giudizio, si desse nome prendendolo dall'oggetto non principale ma accessorio. I detti aggettivi sono usati per esprimere lo scopo della *fructuum licitatio,* alla quale e quella stipulazione e quel giudizio riferivansi. Vale a dire il possesso durante il processo; mentre conosciamo, che col nome del frutto è anche il possesso significato (§ 40).

[3] Vedremo quanta efficacia tale mutazione abbia avuto in vista dell'oggetto al quale mira l'interdetto (§ 686).

[4] Sulla seconda parte di questo testo parleremo § 746.

§ 663.

Molte sono le quistioni che si agitano sulla origine e sulla natura dell'*u. p.* [1]. Si comincia a disputare sull' epoca in cui fu introdotto. Altri lo riportano al tempo delle *legis actiones*; altri lo riducono al tempo del sistema formulario, e lo dicono succeduto nel luogo della dazione delle *vindiciae* che si faceva all'epoca delle dette *legis actiones*. La prima opinione è frai recenti la più comune [2]: la seconda piace a Jhering *pag. 58, segg.* Io mi accosterei alla seconda [3]. In punto storico intendo dare ai documenti storici la prima importanza. I più antichi documenti che recano gli avversari rimontano sempre ad epoca del sistema formulario. Witte osserva, che già all' età di Cicerone il processo dell' *u. p.* era pienamente formato. Osserva dall' orazione *pro Caec. c. 13*, che il pretore era tutto giorno occupato o al vietare *vim fieri* o all' emendar la forza già fatta; ora il vietare *vim fieri* spetta agl'interdetti propriamente detti ossia ai proibitorii, frai quali l'*u. p.* tiene il primo luogo. E dalla detta orazione *pro Caec. c. 16*, che a tempi di Cicerone era antico ed usitato pel costume dei maggiori, che coloro, i quali avessero veduto degli armati e subito testificando si dipartissero, potessero far la sponsione *ni adversus edictum praetoris vis facta est*, la quale sponsione corrisponde a tale interdetto (cf. § 712, n. 2.). Rispondo, che potrebbe dirsi che Cicerone nel *d. c. 13* accenni ad altri interdetti proibitori, p. e. *de cloacis, de aqua, de itinere* (cf. *l. 1, pr.*, *l. 3, § 11, de itiner. l. 1, pr. § 29, 34, de aq. quotid.*, *l. 1, pr. de cloac.)*; de' quali l' oratore parla immediatamente dopo l' espressione opposta

---

[1] Nello esporre le quistioni sulla natura di questo interdetto non parlerò della opinione di JHERING, il quale scorge in esso una specie di difesa della proprietà; poichè abbiamo dovuto già occuparcene § 29, segg.

[2] SAVIGNY *pag. 382, seg.*, RUDORFF *Zeitschr. f. g. RW. XI, p. 333, segg.*, SCHMIDT *Interdiktenverf. p. 187*, BETHMANN *Civilpr. II, p. 373*, WITTE *p. 28, segg.*, MACHELARD *p. 180*, etc.

[3] Non nego già, che interdetti in genere esistessero al tempo delle *legis actiones* (§ 59, no. 6.): lo nego del nostro *u. p.*

da Witte « Qui (praetor) dies totos aut vim fieri vetat, aut restitui factam jubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum, itinerumque controversiis interdicit ». Ma riduciamo pur anco quella espressione all' *u. p.* che in verità è il principale fra gl' interdetti proibitorii. Pur non ostante non risulta nè da esso *cap. 13* nè dal *cap. 16* la prova che l' *u. p.* rimonti all' epoca delle *legis actiones.* Imperocchè l' orazione *pro Caecina* fu certamente tenuta volgendo al fine il secolo VII ab U. C. dopo la morte di Silla avvenuta nell' a. 676.; lo che risulta dal *cap. 33.* « Atque hoc et contra dicente Cotta et Silla *vivo*, judicatum est ». Ma la prima legge, la quale togliesse le *legis actiones* già venute in odio, fu la Ebuzia *Gaj. IV, 30*, come già ricordavamo quando dovemmo fare un simile calcolo a proposito di altra questione [4]. Non abbiamo dati sicuri sulla precisa età di essa legge. Comune opinione è che rimonti all' a. 520.; ma più probabilmente le va assegnata una epoca più tarda; quando cioè, finita la seconda guerra punica nell' a . 553., ci fu agio d' attendere a cosi grande innovazione. È meglio dunque attribuirle come origine l' esordire della seconda metà del secolo VI. [5] Sempre rimane che quando la detta orazione fu pronunciata, si andava pel secondo secolo dalle tolte *legis actiones.* Tempo era corso bastevole per introdurre l' *u. p.*, renderne frequente l' uso, e farlo riguardare come cosa antica e usata dai maggiori; attesa specialmente la disposizione che Cicerone ha di riportarsi agli usi de' maggiori medesimi, siccome notavamo § 631. — Witte *pag. 7, segg.* nota ancora, che l' *utrubi* è coevo all' *u. p.*; lo che è vero. Ora, aggiunge, ne' *fragm. vat. 293, 311* troviamo l' *utrubi* gia applicato alla legge Cincia; ossia, essendo alla perfezione delle donazioni necessaria la tradizione, la donazione

---

[4] Cf. 631. La legge Ebuzia tolse veramente le *legis actiones.* Le due Giulie, delle quali parla Gajo *IV, 30,* protrassero le sue sanzioni a punti subordinati. GELL. *XVI, 10, 8* « Cum... omnis illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum, lege Aebutia lata, consopita sit » : tutto riferisce alla legge Ebuzia, onde apparisce essere stata prevalente l' opera della medesima. Cf. BETHMANN *II, p. 5, n. 3.*

[5] Come fanno RUDORFF *Rechtsgesch. I, § 44.*, BETHMANN *II, p. 5, no. 2.*

d'una cosa mobile fu ritenuta imperfetta se inoltre il donatario non fosse superiore nell'interdetto *utrubi* ossia non avesse posseduto per la maggior parte dell'anno. Dice Witte, che ciò non era stabilito nella legge Cincia la quale avea solo generalmente sancito, che altri non potesse esser costretto a compire una donazione imperfetta; ma che fu costituito dall'autorità dei prudenti, cui toccò il descrivere quando imperfette fossero le donazioni. Però non dai prudenti di età posteriore, quando i tempi inclinavano alla libertà degli atti, ma da quelli che fiorirono immediatamente dopo la l. Cincia. Conchiude che dunque antichissimi furono *utrubi* ed *u. p.* Rispondiamo, che in primo luogo si potrebbe dire che la giurisprudenza posteriore, benchè alla libertà degli atti inclinata fosse costretta ad indurre l'*utrubi*, pur nato molto dopo la l. Cincia, fra i requisiti delle perfette donazioni. Giacchè era fermata dagli stessi prudenti di età posteriore la teoria, che « nec videri traditum si *superior* in possessione emtor futurus non sit » *l. 11, § 13, de act. emti.* Onde quella induzione dell'*utrubi* non era nuova condizione, ma esplicazione necessaria della condizione antica della tradizione. Se non che ammetto pur volentieri, che l'*utrubi* sia antico quanto la giurisprudenza che seguì immediatamente la l. Cincia. Ma la legge Cincia fu promulgata, rogando M. Cincio Alimento tribuno, nell'anno 550. Dunque la prossima giurisprudenza coincide coll'età delle tolte *legis actiones*: dal che sorge piuttosto un argomento per noi, mentre si scorge che le più antiche memorie de' nostri interdetti combinano colla fine di esse *legis actiones*. Aggiungasi su questo punto, che Plauto, il quale fiorì anche dopo la seconda guerra punica, ossia precisamente nell'epoca in cui fu promulgata la l. Ebuzia, manifestamente allude all'*utrubi* nello *Stichus V, 4, 22.* « *Sagar.*: Uter amicam *utrubi* adcumbamus? *Stich.*: Abi tu sane *superior* » [6] — Finalmente ci viene opposto, come l'*u. p.* già esistesse a' tempi di Manilio ciò risultando da Cicerone *De*

---

[6] Sul « superior » cf. *d. l. 11, § 13, de act. emt., d. § 311, fragm. vatic.*, etc.

Republ. I, 13, ove Lelio dice « Immo vero te audiamus; nisi forte Manilius interdictum aliquod inter duos soles putat esse componendum, ut ita coelum possideant, ut uterque posse- derit ». Rispondo, che Mamilio fu console nell' a. 605.; l' abolizione delle *legis actiones* lo aveva preceduto.

§ 664.

Altre riflessioni posson farsi contro quelli de' nostri avversari, che convengono nella opinione (la quale, come fra poco vedremo, è anco la nostra), essere stato l' *u. p.* nel suo primitivo uso diretto a regolare le parti di attore e di reo convenuto, durante il processo della R. V. Fra questi è Witte *pag. 28, segg.* Imperocchè, ciò posto, non può l' *u. p.* rimontare all' epoca delle *legis actiones;* mentre a quel tempo il possesso durante il processo sulla proprietà era regolato in altro modo, cioè colla dazione delle *vindiciae*. Nè mi sembra felice, benchè certo sia acuta, la tesi di Witte, quando *pag. 38, segg.* sostiene la coesistenza dell' *uti possid.* e della dazione delle *vindiciae*. Dice che il pretore, il quale mai dette le *vindiciae* senza giusti motivi, antichissimamente nel darle conosceva la cosa da per se con *extraordinariae cognitiones;* che quindi, preoccupato da altri affari, cominciasse a valersi dell' interdetto per rimettere la relativa cognizione al giudice, onde, conosciuto così dal giudice presso chi dovesse stare il possesso durante la lite di proprietà, il pretore dasse a costui le *vindiciae* — Osta, che Gajo nel descrivere *IV, 16* la dazione delle *vindiciae* niun cenno faccia di inserito interdetto con rimetterne il più largo trattato alla propria sede, siccome suol fare quando d' un istituto di dritto deve far menzione occasionale. Osta, che nell' *u. p.* il possesso era attribuito, come vedemmo, col giudizio cascelliano, *Gaj. IV, 166, a.*; non dunque colla dazione delle *vindiciae*. Tenta Witte di sostenere *pag., 49, e 57, seg.*, che fintanto che l' *u. p.* regolò la dazione delle *vindiciae*, non esistesse cascelliano; ma non è appoggiato da alcuna autorità. V' è di più ancora. Mentre l' *u. p.* fu, come accennavo, introdotto per regolare le parti

di attore e di reo convenuto nella R. V.; d'altra parte credo che abbia ragione Jhering, quando a *pag. 57* osserva che le attribuite *vindiciae* davan sì il beneficio del possesso ad uno dei litiganti in quanto al godimento ed alla percezione dei frutti, ma non nel senso che quanto alla prova ad esso spettassero le comode parti di reo convenuto, posto l'avversario nelle parti difficili di attore. Che ambedue i litiganti avessero obbligo di fornire la prova nella lite di proprietà; così che restasse in questa vincitore chi provasse o dasse maggior grado di verosimiglianza pel dritto proprio. Ciò apparisce dalla esposizione di Gajo *d. § 16*, *comm. IV*. Imperocchè, come narra Gajo, fin dal principio del disputare ambedue le parti dovevano e colle parole solenni, e coll' apprensione, e colla imposizione della festuca, *vindicare* la cosa ed asserire il proprio dominio; ed ambedue doveano rilasciare la cosa al pretore in forza del comando « Mittite ambo hominem ». Per lo che quando in seguito il pretore dava le *vindiciae* ad uno nello attribuirgli il godimento interinale della cosa, non lo rilevava però da quel peso di prova, che la sua vindicazione e la relativa eguaglianza in che si trovava col suo avversario gli aveano imposto [1]. Pertanto non è possibile inserire l'interdetto nella dazione delle *vindiciae*, perchè non è omogenea l'efficacia di queste:

§ 665.

Ho detto che scopo dell' *u. p.* era il regolare le parti di attore e di reo convenuto in un giudizio di R. V. Ciò è spiegato chiaramente da Giustiniano *§ 4*, *I. de interd.* « Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possi-

[1] LEIST *Erbschaftsbesitz pag. 133, segg.* crede, che le *vindiciae* attribuissero le parti di attore e di reo convenuto, e il relativo onere ed esonerazione della prova. Cerca dedurlo dalle parole di Gajo *loc. cit.* « qui prior vindicaverat ». Però queste parole non altro significano, che l'ordine col quale la doppia vindicazione dovea aver luogo, dovendo pur uno principiare e l'altro seguire; lo che nulla toglie alla parità della condizione dei collitiganti, chiaramente esposta da Gajo.

detis, et utrubi: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quaeratur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat? Nam nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui; quia et civilis, et naturalis ratio facit, ut alius possideat, et alius a possidente petat. Et quia longe commodius est et potius possidere, quam petere: ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam causam cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet ». Ma l'*u. p.* ha anche un altro scopo, come meglio in seguito dimostreremo; cioè di difendere il possesso di una persona, attaccato da un'altra persona, indipendentemente da ogni lite di proprietà fra esse. È gran disputa quale di cotesti usi dell'*u. p.* sia stato l'originario. Vangerow *Pandekt. § 336, not.*, Jhering *pag. 59, seg.*, Witte *pag. 28 segg.*, e qualche altro, segnano per originario quello che ho menzionato per primo. Al contrario molti negano, che l'*u. p.* sia stato introdotto pel detto uso nella R. V., o almeno, che sia stato introdotto per questo solo; vale a dire sostengono chi come anteriore, chi come contemporaneo l'uso che mentovammo per secondo. Tali sono Savigny *pag. 383, n. 1,* Schmidt *pag. 53, seg. e 186,* Rudorff *Zeitschr. f. g. RW. XI, p. 333, segg.*, Bethmann *II, p. 373, n. 143.*, Bruns *Das Recht des Bes. pag. 48, seg.* e *Besitzklag. p. 19, segg.*, Windscheid *§ 159, not. 11,* Randa *pag. 115, not. 10, e pag. 154, not. 48.*, Maynz *§ 175, not. 13.*, ed altri ancora — La penserei con i primi. Mi muove la coincidenza storica in cui trovammo i primi documenti sull'*u. p.* colla caduta delle *legis actiones.* Onde credo, che quando al cadere di queste, e allo inaugurarsi del sistema formulario, non si provvide più al regolare il possesso, pendente la lite di proprietà, colla dazione delle *vindiciae,* fu sostituito l'interdetto *u. p.* per riempire cotesto vuoto. Nè credo che abbia ragione Bruns *Besitzkl. p. 17, seg.* nel negare a Jhering la successione dell'*u. p.* alla dazione delle *vindiciae,* allegando che lo stesso

Jhering (e noi lo approvammo paragr. antec.) sostiene non essere identico lo scopo di quello e di questa. L'*u. p.* dà il possesso assolutamente, lo che porta con se i vantaggi della parte di reo convenuto e relativa esonerazione dalla prova, tanto che chi è costituito possessore coll' *u. p.* resta nel possesso stabilmente, se l'altro non prova la sua proprietà *d.* § 4, *I. de interd.*; mentre le *vindiciae* davano esclusivamente il possesso allo scopo del temporaneo godimento durante la lite e non a quello di attribuita parte di reo convenuto e de' vantaggi ad essa uniti, lasciando in ambedue i litiganti l'onere del provare — Ammetto che quanto alla lite di proprietà la efficacia dell' *u. p.* non sia identica a quella della dazione delle *vindiciae*, e per questo negai (d. paragr. antec.) la loro coesistenza. Ma questa differenza, che deriva dal metodo della doppia *vindicatio* tenuto negli antichi tempi delle *legis actiones* e abbandonato nel sistema formulario, non toglie la somiglianza che hanno nello scopo loro l' *u. p.* e le *vindiciae*; e ciò basta per dire che quello succedette a queste. Ambedue hanno certamente il valore di regolare il possesso in occasione della lite di proprietà. E quantunque per la suddescritta natura delle *vindiciae*, l' obbligo della prova nella lite di proprietà spettasse anche a chi le aveva ottenute; nè gli bastasse per regola, allo scopo di restare durevolmente in possesso, il non aver l' altro provato la sua proprietà, ma in fine vincesse quello de' litiganti che dimostrasse per se maggiore probabilità di dritto: pure il vantaggio di chi avea ottenute *vindiciae* poteva facilmente giungere fino a farlo rimanere durevolmente al possesso pur senza aver recato alcuna prova di sua proprietà. Quando cioè neppur l' avversario dimostrasse, almeno probabilmente, la proprietà sua; nel qual caso non poteva la cosa risolversi in altro modo che lasciando quello nel possesso ottenuto colle *vindiciae* [1].

---

[1] È anche da rimarcare la somiglianza dei processi, che seguivano la dazione delle *vindiciae* e la impetrazione dell' *u. p.*, atti ambedue che partivano dal pretore. Come date le *vindiciae* l' obbligo della prova nella lite di proprietà, che immediatamente dopo si sviluppava, era di ambedue i

§ 666.

Altro argomento vale contro quelli frai molti nostri oppositori, che ammettono l'uso dell'*u. p.* anche per le offese del possesso altrui pure e semplici, cioè senza alcuna pretesa neppure di possesso per parte dell'offensore, ossia senza vera controversia di possesso; offese, che chiamano *unilaterali* (« einseitige ») [1]. Dappoichè, com' è facile il comprendere e spiegheremo convenientemente a suo luogo, quando l'*u. p.* si domanda in vista di tali offese, perde talvolta il suo processo la solita natura di *duplex*. Di modo che, se questo uso fosse stato originario non sarebbe stato proposto, o almeno non sarebbe stato proposto solo, l'interdetto con forma duplice: *Uti possidetis* etc; ma sarebbe stata adoperata la forma semplice: *Uti ille possidet*, *quominus etc.* — Per converso la sua esclusiva proposizione come *duplex* s' intende egregiamente nella nostra opinione sull' uso primitivo del regolare le parti non ancora ben note di reo convenuto e di attore nella R. V.; come ottimamente s' intende tutto il processo esposto da Gajo e da noi riportato in principio. Dappoichè essendo eguali le pretese al possesso di ambedue i litiganti allorchè si presentavano al pretore, ad ambedue doveva essere diretta la formola dell'interdetto. Ed ambedue le parti dovevano in seguito esser poste in tale stato da sostenere assolutamente e direttamente la tesi del proprio possesso: lo che puntualmente si otteneva colla duplicità della *sponsio* e della *restipulatio*.

---

litiganti; ciascuno poteva vincere, ciascuno essere condannato alla somma del *sacramentum;* insomma si sviluppava un *judicium duplex:* così, impartito dal pretore l'interdetto *u. p.*, ambedue i litiganti entrano in gara di prove nella consecutiva lite di possesso, senza che ne sia esente chi vinca nella *fructum licitatio;* ambedue possono vincere, ambedue essere condannati alle somme della *sponsio* e della *restipulatio;* è *interdictum duplex.*

[1] Questa indagine faremo in seguito § 673, segg.

§ 667.

Sopra tutto mi muovono le chiare testimonianze di Gajo, di Ulpiano, e di Giustiniano. Gajo *IV*, *148* dice « Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cujus rei gratia *comparata sunt* uti possidetis et utrubi ». Combinano l'espressioni di Giustiniano nel *§ 4, I. de interd.* riportate da noi § 665. Il « comparata » di Gajo non si può intendere come vorrebbero alcuni degli avversari, per: Sono pronti (« bereit »), ma solo per: Sono stati introdotti (« bereitet » direbbero i tedeschi); sol che si rifletta al costante uso che in questo senso ne fa Gajo nei commentari. Non men chiara è la testimonianza d'Ulp. *l. 1, § 2, 3, u. p.* « § 2. Hujus autem interdicti *proponendi* causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem, et dominus sit. § 3. Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores uter possessor sit, uter petitor: aut non convenit. Si convenit, absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere; ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat: tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur ». Invano il Maynz ed altri riflettono, che le parole « proponendi causa » si trovano nel *§ 2*, e che dell'uso nella R. V. si parla solamente nel *§ 3*. È curioso, che il Witte *pag. 30,* benchè difensore della nostra sentenza nella presente controversia, fa pur esso simili riflessioni; e rinuncia a trovare una diretta prova in Ulpiano. Mentre invece Savigny, che pur ci è contrario, tanto a *pag. 377*, *not. 1,* quanto a *pag. 383*, *not. 1*, non sa ricusare che Ulpiano stia per noi, e trovasi ridotto ad accusare il giureconsulto di poca esattezza storica. Infatti chi ben consideri

que' due paragr., li trova inseparabilmente connessi; il *§ 3* è la spiegazione, lo sviluppo del *§ 2*. Quell' « ergo » che trovasi nel principio del *§ 3*, ove pure Ulpiano seguita a parlare unicamente dell' uso dell' interdetto, lo dimostra evidentemente.

§ 668.

Uno dei nostri avversari, il dotto Rudorff, cerca di comporre i testi citati colla sua opinione nel seguente modo. L'*u. p.* nacque al tempo delle *legis actiones*. Allora non poteva avere l'uso di regolare il possesso durante la lite sulla proprietà, perchè vi erano per questo le *vindiciae*; ma aveva solo l'uso di difendere il possesso di fronte alle vere aggressioni contro il medesimo dirette, ed era *simplex*. Tolte le *legis actiones* e la *vindiciarum datio*, in supplemento fu introdotto un nuovo uso dell'*u. p.*; il quale, fatto *duplex*, venne adoperato per regolare il possesso nella lite di R. V. Così secondo Rudorff si conciliano colla sua opinione i testi, i quali dell'interdetto *u. p.* come *duplex* dicono esser stato introdotto primieramente per regolare il possesso in questione di proprietà. Ingegnoso pensiero, al quale sottoscrive Schmidt. Ma ben a ragione lo condanna il Bethmann *p. 372*, *not. 139*, benchè nell'attual discussione nostro avversario pur esso (tanta è in queste dispute la disparità delle vedute); riflettendo, che i più antichi monumenti tanto sull'*u. p.* che sull'*utrubi*, costantemente ci danno la forma *duplex*. Aggiungiamo, come già sia stato per noi provato che al tempo delle *legis actiones* non esisteva *u. p.*; nonchè la notata coincidenza de' più vecchi documenti sull'*u. p.* e sull'*utrubi* colla fine delle *legis actiones* e delle *vindiciae*. Aggiungiamo ancora, che, se valesse la congettura di Rudorff, mal farebbero gli autori del dritto a dirci costantemente essere l'*u. p. duplex interdictum*, *l. 2*, *pr. de interd.*, *§ 7*, *I. de interd.*, *Gaj. IV*, *160*; mentre neppur sarebbe vero che tale fosse stato originariamente ma sarebbe stato *simplex*, e nell'uso de' loro tempi seguitava ancora ad esistere l'originaria formola *simplex* in quanto l'interdetto

fosse adoperato per quel supposto uso primitivo. — Bruns *Besitzkl. p. 19 segg.*, seguito da Randa, risponde in altro modo. Dice, che il regolare le parti di attore e reo convenuto nella R. V. fu l'occasione del proporre l'*u. p.*; ma che questo interdetto in realtà venne proposto per l'uso pratico di difendere il possesso contro ogni maniera di offese. Si vale per prova principale del testo di Ulp. *l. 1, § 4, u. p.* « Est igitur hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis: nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. » Tali vedute non sono esatte. Che talvolta un istituto di dritto superi in estensione l'occasione che lo suggerì immediatamente, e risulti composto a soddisfare anche ad altri bisogni omogenei a quello che formò l'occasione medesima; è vero e frequente nel dritto nostro. Ma non già, che in una data occasione esca fuori un istituto, avente uno scopo del tutto diverso da quello suggerito dalla occasione stessa, per bisogni affatto distinti. Il testo di Ulp. non prova per Bruns; perchè nell'opposto inciso « hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet » il giureconsulto parla di un uso presente e non del primigenio. Aveva Ulp. ne' precedenti paragrafi parlato dell'uso originario dell'*u. p.* Ora nel *§ 4* passa ad altro punto; cioè a descrivere la natura *retinendae possessionis* dell'interdetto medesimo. Certo che essa è in armonia coll'uso primitivo; onde Ulp. collega il trattato col precedente per mezzo dell' « igitur ». Ma appartiene ad altro ordine d'idee: ed appunto per questo non può dirsi affatto, che quanto Ulp. soggiunge in detto *§ 4* sia collegato con identità di trattato coi paragr. precedenti; cioè che esso *§ 4* spetti alla descrizione dell'uso primiero dell'*u. p.* Quel che si legge nel paragr. medesimo è soltanto dichiarazione della tesi ivi intrapresa, una dimostrazione della natura *retinendae possessionis* dell'interdetto. Pertanto quando Ulp., dopo aver detto « Est igitur hoc interdictum... retinendae possessionis » soggiunge « nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet », non intende riportare un uso primitivo, ma un uso presente, consono anch'esso alla natura medesima dell'interdetto *u. p.*

§ 669.

Resta ad esaminare il più specioso fra gli argomenti che possono farsi in favore della contraria sentenza. Diamogli la conveniente esposizione. Egli è certo, che l'*u. p.* è stato sempre concepito colle parole « vim fieri veto »: ma non è facile il comprendere, come queste parole possano essere intese nella ipotesi (che nella opinione nostra è la primitiva) del regolare le parti nella R. V. Poichè ivi non si dà l'interdetto in vista di fare opposizione a vere violenze, ma solo per decidere un dubbio stato di possesso anche se niuna violenza interceda. Cresce la difficoltà, ove si rifletta che, mentre per le cose dette è difficile l'avvenimento d'una vera violenza nella detta ipotesi, è d'altra parte necessario trovare una duplice *vis* onde il processo interdittale abbia il suo sviluppo: sviluppo, che nella medesima ipotesi deve assolutamente aversi spedito e immediato, perchè dall'esito dell'interdetto si aspetta quella definizione delle parti nella R. V., senza la quale essa R. V. non può esercitarsi. Vedremo in seguito, che, pronunciato dal pretore l'interdetto « vim fieri veto », non può in alcuna ipotesi cominciare il corso dell'interdettale processo, se alla detta dazione d'interdetto non faccia seguito una infrazione a quel divieto del pretore, sulla quale si basino le *sponsiones* e le *restipulationes*. Ma il fare o non fare la *vis* è cosa di sua natura del tutto arbitraria. Adunque anche nel caso nostro dell'interdetto adoperato per regolar le parti nella R. V. sembra lasciato all'arbitrio di qualunque de' due litiganti lo impedire il futuro sviluppo del processo interdittale col semplice astenersi dal recare alcuna violenza al possesso dell'altro, onde contro di lui non poteva esser provocata la *sponsio*. E così lo aver scelto l'*u. p.* per quell'uso risulterebbe inetto ed insufficente allo scopo. — Il Savigny *pag. 382, segg.* dice su questo proposito, che nell'uso originario che secondo esso ebbe l'*u. p.*, cioè di far ostacolo alle vere violenze contro il possesso, il

« vim fieri veto » aveva una giusta intelligenza.[1] Sopraggiunse poscia, segue Savigny, l'altro uso degl'interdetti per regolare le parti nella R. V.; ed allora fu adoperata una finzione: si finse cioè che avessero a temersi delle vie di fatto anche se in realtà tale pericolo non esistesse; e così fu impropriamente potuta usare la clausola « vim fieri veto. » Lo essere artificiale ed improprio l'impiego della clausola nella ipotesi dell'interdetto adoperato per disporre le parti nella lite sul dominio, sembra per se provare, che dunque questa ipotesi non fu la originaria nell'*u. p.*, ma bensì l'altra ove l'impiego di detta clausula era più proprio. Esaminiamo. La finzione escogitata da Savigny non basta a sciogliere la difficoltà proposta, intiera restando la seconda parte della medesima. Imperocchè[2] per lo sviluppo del processo interdittale non basta il timore della *vis* ma ci vuole la *vis* esercitata. Pertanto converrebbe spingere la finzione di Savigny fino ad immaginare esercitata una *vis* che manchi del tutto, e ciò sarebbe un'intollerabile esagerazione di fingimento, dalla quale esso Savigny si astenne. — Non più soddisfacente fu il tentamento di soluzione dato da Keller *Zeitschr. XI*, *pag. 316*, *segg.*, al quale più tardi rinunciò lo stesso suo autore; che cioè la *vis*, la quale spiega pienamente la clausula « vim fieri veto ». e soddisfa al necessario sviluppo del processo interdittale, consista nel presentarsi alla offerta nella *fruct. licitatio.* Imperocchè alle cose già da altri opposte[3] ora si aggiunge Gajo *IV*, *170* dopo gli ultimi studii che ha fatto lo Studemund. La *vis* vi è distinta dalla *fr. licitatio* « veluti qui vim non faciat, *aut* fructus non liceatur. » — Ingegnosa, ma non più soddisfacente la prova di soluzione, che Bruns nella importante opera *Das Recht des Besitzes im Mittelalter etc. p. 46* propose come meramente verosimile ma non dimostrabile, e poi

---

[1] Presa sempre la parola *vis* in senso largo (cf. § 673), però assai meno improprio che nell'uso per la R. V.

[2] Buona riflessione di SCHMIDT *pag. 54.*

[3] Cf. SCHMIDT *loc. cit.*, BRUNS *Das Recht des Bes. pag. 43*, WITTE *pag. 53, seg.*, BETHMANN *II, pag. 374, not. 147.*

nell'altro suo lavoro *Besitzklagen p. 31, segg.* riassume con maggior sicurezza.[4] Che cioè la *vis* consistesse in una immaginaria *vis ex conventu*, ossia in una *deductio moribus*, di cui Cicerone parla in più luoghi dell'orazione *pro Caecina.*[5] A parte le dispute che gli eruditi fanno sulla vera intelligenza ed uso della *deductio quae moribus fit*,[6] a parte la mancanza di prove giuste che essa fosse usata nell'*u. p.*; c'è anche la improbabilità che fosse adoperato questo mezzo certamente abbastanza circostanziato per arrivare ad esordir lo sviluppo del processo interdittale. — Neppure può piacere quel che propone Schmidt *pag. 55*, che potevano ambe le parti convenire nello asserire in giudizio *vim factam esse* da una parte e dall'altra. Oltre che trattandosi di libera convenzione non più sarebbe mezzo idoneo per forzare alla pronta prosecuzione del processo interdittale chi non volesse; è improbabile, che da un reciproco mendacio si aspettasse il punto di partenza per l'andamento del processo medesimo.

§ 670.

Vediamo come la difficoltà s'abbia a sciogliere. Anzi tutto convien ritenere, che nell'istesso metodo di litigare coll'*u. p.* nel suo primitivo uso, che noi abbiam difeso, ci fosse quanto bastava a soddisfare al requisito della *vis* bilaterale, senza la quale lo sviluppo del processo era impossibile. Ciò apparisce da *Gaj. IV, 170* fin dalle prime parole che ben si leg-

---

[4] Certo la nuova lettura di STUDEMUND del citato luogo di Gajo nulla ha aggiunto a confermare la congettura di BRUNS. — Essa ha avuto fautori in RANDA *pag. 154, n. 48*, ed in KRÜGER *Krit. Vers. p. 83, segg.* Krüger la spinse ad esagerazione, che è spiaciuta allo stesso Bruns *Besitzkl, p. 33, segg.* Viene per converso respinta da SCHMIDT *pag. 55* e da BETHMANN *II, p. 374, n. 147.*

[5] Vedi p. e. il passo riportato da noi § 712, n. 2.

[6] Ved. SAVIGNY *Zeitschr. III, pag. 429* e *Dritto del possesso pag. 409, seg.*, KELLER *Zeischr. XI, p. 290, segg.*, WETZELL *Röm. Vind. § 14, p. 83, segg.*, HUSCHKE *Gaj. p. 189*, RUDORFF *Rechtsgesch. II, § 36*, BETHMANN *II, p. 236, not. 9*, WITTE *pag. 32 segg.*

gevano anche avanti al lavoro di Studemund « Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque *ob id* non poterat res expediri etc. » Se dalla omissione di que' « cetera » dopo impetrato l'interdetto non poteva disbrigarsi la faccenda; dunque in essi « cetera » c'era quanto bastava per procacciare tale disbrigo: la conseguenza è evidente. Il Bruns e lo Schmidt dissero bene, che la *vis* consisteva in ciò, che le parti litiganti seguitassero dopo reso l'interdetto a sostenere esser proprio il possesso. Dappoichè quantunque in una semplice dichiarazione di proprio possesso non esista una *vis* strettamente detta contro un possesso veramente altrui, vi è però abbastanza di disturbo quanto è sufficente per una *vis* in senso lato ed improprio, adatta a basarvi il necessario sviluppo dell'interdittal procedura.[1] Solo in questo sbagliarono a mio credere, che sentendo tal riflessione non esser bastevole, esser d'uopo trovare un metodo per provocare la detta dichiarazione necessaria allo svolgimento dell'interdetto; immaginarono, siccome vedemmo, mezzi improbabili o anche insufficenti di loro natura. È mia opinione, che il metodo fosse il seguente. O ambedue i litiganti avevano interesse di proseguire la lite, ed allora la cosa era presto fatta col dichiararsi ambedue possessori dopo reso l'interdetto. O uno si mostrava restio, e allora l'altro aveva un mezzo semplice e diretto, già conosciuto nella procedura romana. È noto come in questa si facesse uso delle *interrogationes in jure*, allorquando un litigante voleva porre in chiaro, che la posizione dell'altro era tale da potere contro di lui esser prodotta la lite, *ll. 1, 2, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 20, 21, de interrog. in jur. fac.* Pertanto credo, che chi avea interesse di proseguire la lite, appena reso dal pretore l'interdetto, dichiarasse per sua parte di esser possessore, ed interrogasse l'altro se seguitasse o no egli pure a sostenersi possessore. Se l'altro rispondeva affermativamente, si avea con ciò compita la dichiarazione bilaterale, la *vis* necessaria per la pro-

[1] Anche WITTE *pag. 55, fine* dice la *vis* contenersi nella determinata dichiarazione di non voler cedere il possesso all'avversario.

cedura dell'interdetto. Se l'altro rispondeva negativamente, nel primo era riconosciuta la qualifica di possessore, ed egli non avea più bisogno per tale scopo dell'*u. p.* Astenersi dal rispondere l'altro non poteva: perchè contro tale contumacia, come contro ogni altra consistente nel ricusarsi agli atti singoli necessari al procedimento interdittale, aveva il pretore preparati speciali interdetti, chiamati secondari, de' quali parla Gajo *d. § 170, comm. IV*, ove lo Studemund ha letto così « Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur, quorum vis ac potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti *qui vim non faciat* aut fructus non liceatur.... si possideat, ut restituat adversario possessionem etc. »

§ 671.

Pertanto la *vis*, a cui accennava la clausula « vim fieri veto » nell'*u. p.* adoprato pel suo uso di regolare le parti nella R. V., è anche da noi intesa in senso improprio, così che contenga anche una semplice verbal dichiarazione di proprio possesso, fatta dai due litiganti. Sembra adunque, che rimanga l'argomento contro la nostra tesi che il detto uso sia stato il primitivo; in quanto che sembra logico che precedesse altro uso ove la parola *vis* si prendesse propriamente cioè per violenza non consistente in sole parole. Ma non mi par difficile il rispondere. Che l'uso proprio della espressione « vim fieri veto » abbia preceduto quell'improprio, credo ancor io; ma questo precedere non è necessario cercarlo in un altro uso dello stesso interdetto *u. p.* Sembra certo, che i primi interdetti introdotti siano stati quelli riguardanti le *res divini juris* e le *res publicae.*[1] Ora mentre questi interdetti aveano la formola concepita colla particella *ne* o col semplice verbo *veto*, allorquando eran diretti ad im-

---

[1] Cf. § 593. Ved. LEIST *Die b. p. § 52, fi., § 54, n. 6*, WITTE *pag. 9, segg.*, ed anche PUCHTA *Inst. § 79, 80*, KELLER *Civilpr. § 22, 74.*

pedire qualche atto prescindendo dal turbamento che ne venisse ad una persona determinata *(l. 1, pr. ne quid in loc. sacro, l. 2, pr. ne quid in loco publ. vel itin. fiat, l. 1, pr. de flumin., l. 1, pr. ne quid in flum. publ.)*; per converso erano costantemente concepiti *vim fieri veto*, allorchè eran diretti ad eliminare turbamenti verso una determinata persona *(l. 1, pr., § 5, de mort. infer. et sep. aedif., l. 1, pr. de via publ. et it. publ. refic., l. 1, pr. ut in flum. publ., l. 1, pr. de ripa mun.)*. A quest'uso costante si attenne il pretore quando, per conoscere chi fosse veramente possessore all'epoca, in cui le parti che volevano fare lite di proprietà a lui si presentavano, si valse dell'interdetto *u. p.*; e proibì che le parti medesime reciprocamente si turbassero dallo stato nel quale allora si ritrovavano. Pronunciò anche qui il *vim fieri veto*, in senso improprio è vero, perchè per turbamenti intendeva anche le verbali dichiarazioni di proprio possesso; ed, appunto perchè improprio, non primitivo, ma susseguente ad altri usi propri, adoperati già per lo innanzi negli altri succennati interdetti, non nello stesso interdetto *u. p.*

§ 672.

Mentre ho difeso l'opinione che l'uso primitivo dell'interdetto nostro sia stato quello di ordinar le parti di attore e di reo convenuto nel giudizio di dominio, ho ritenuto, che altri usi esso ha ricevuto in seguito. Che l'*u. p.* si adopera per definire una questione chi di due si trovi in possesso, anche prescindendo da imminente lite di proprietà e dalla relativa necessità di fissar le parti di attore e di reo; è dimostrato dalla *l. 12, § 1, de a. vel a. p.*, di cui parlai § 165. Imperocchè Ulpiano vi tratta il caso di uno che già abbia intentato la R. V., ove perciò erano già stabilite le parti di attore in esso, e di reo convenuto nell'avversario; e dice, che egli possa quindi sperimentare l'*u. p.* Dunque quell'uso preparatorio della R. V. non è l'unico dell'*u. p.*[1] Credo, che i

[1] Savia riflessione di SAVIGNY *pag. 378, seg.*

romani, abituati in occasione di quel primitivo uso a riguardare l'*u. p.* come mezzo a difendere il possesso ove fra due fosse controverso chi fosse il possessore, cominciassero ad usarlo allo stesso scopo anche quando tale controversia nascesse fuori della occasione d'una lite di proprietà e dello stabilirvi le parti di attore e di reo. La duplice formola dell'interdetto, ed il suo duplice procedimento, convenivano anche a questa ipotesi, ove pur bilaterale è la pretesa al possesso al tempo del reso interdetto, e bilaterale è la *vis* nell'analoga dichiarazione di ambedue appena reso l'interdetto: dichiarazione, che ove sia d'uopo si provoca ancor qui colla *in jure interrogatio*.

§ 673.

Accetto anche l'opinione di coloro, che riconoscono un ulteriore uso dell'*u. p.*, cioè quello di garantire il possesso contro offese e violenze anche nude e semplici, o, come dicono, unilaterali; vale a dire non accompagnate da pretesa di possesso per parte dell'offensore o da sua negazione di possesso nell'altro. Benchè questo punto sia contradetto da scrittori non pochi; de' quali alcuni vogliono appartenere all'*u. p.* solo quelle offese di possesso dove l'offensore affacci pretesa del possesso proprio, altri richieggono per lo meno che l'offensore stesso neghi il possesso nell'altro.[1] Credo, che, fatto oltre l'uso originario il primo passo suddescritto con cui fu portato l'*u. p.* a difendere i possessi contro pretese estranee all'occasione di liti di proprietà, ne fu poi fatto un altro per portarlo contro aggressioni del possesso semplici e prive di pretese di proprio possesso o negazione di possesso altrui. Tanto più facilmente s'indussero i romani a questo passo, in quanto che il *vim fieri veto* aveva per tali aggressioni una meno impropria applicazione, che non aveva avuto in quelle orali

---

[1] JHERING *pag. 72, seg.* VANGEROW *§ 336,* WIEDERHOLD *Das interd. u. p. etc. pag. 35, seg.,* SINTENIS *I, pag. 466,* MACHELARD *pag. 220, segg.* ed in specie *pag. 222, not. 1,* MOLITOR *p. 129, segg.*

pretese. Poichè quantunque sia vero che *vis* nel senso stretto si esercita contro la persona; in senso largo può agevolmente dirsi anche delle vere aggressioni ed offese d'un possesso, esercitate per via di fatto. Molti testi provano l'assunto. Dice Ulp. *l. 1, § 4, u. p.* « Est igitur hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis: nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum unde vi: illud enim restituit vi amissam possessionem; hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio; denique praetor possidenti vim fieri vetat: et illud quidem interdictum oppugnat possessorem, hoc tuetur. » E *d. l. 1, § 6.* « Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est uti possidetis. » Del prossimo interdetto *de superficiebus* esso Ulp. *l. 1, § 2, de superfic.* « Proponitur autem interdictum duplex, exemplo interdicti uti possidetis. Tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, velut uti possidetis interdicto. » Quindi troviamo esercitato l'*u. p.* in vista di offese di possesso consistenti o nell'impedire il possessore nello esercizio di quello, *l. 3, § 2, 3, 4, u. p.*[1], *l. 8, § 5, fi. si serv.*

---

[1] Sul *d. § 4* ved. § 682. — MOLITOR per rispondere a questi frammenti riflette che nei *d. § 2, 4* nello stesso impedire a qualcuno di esercitare i suoi dritti di possesso, esiste una contestazione di possesso *de facto*: lo che in sostanza è accordarsi alla nostra tesi. Men facile è il comprendere esattamente il *d. § 3.* Le parole di Ulp. sono « Cum inquilinus dominum reficere volentem prohiberet: aeque competere interdictum uti possidetis, placuit: testarique dominum, non prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret. » Qui Molitor replica, che l'inquilino, proibendo al locatore di far restauri necessari, deve con ciò stesso lasciar la qualifica d'inquilino ed assumere quella di padrone o di possessore. Ma non mi pare questa un'esatta interpretazione. Perchè se ciò fosse vero, il lasciare la qualifica d'inquilino, unito al fatto della ripulsione del padrone che si presentava per restaurare, non importerebbe una mera controversia di possesso, ma farebbe sì che il padrone avrebbe il possesso perduto: così che accaduto prima dell'impetrato interdetto renderebbe impossibile un interdetto *retinendae*, e solo uno *recuperandae* si potrebbe esercitare cf. *ll. 12, 18, de vi* (§ 336). Se non che in realtà un inquilino può negare che il padrone intraprenda de' restauri, non per altra ragione che per non voler soffrire gl'incomodi necessariamente uniti a quei lavori, come vediamo per quotidiani esempi; senza negare di essere inquilino, senza negare

vind. (add. § 685), *l. 52, § 1, de a. vel a. p., l. 12, comm. divid.* (add. § 680 e 683, n. 1), *l. 14, de injur.* (add. § 171), o nell'operare sulla cosa che è in altrui possesso, *l. 3, § 9, u. p.* (add. § 681), *l. 5, § 10, de o n. n.* (add. § 680). La generalità di significato della parola *vis* nell'uso dell'*u. p.* che or descriviamo è formalmente costatata da Pomponio *l. 11, de vi* « Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo: sive in serendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. »[3]

---

esser l'altro il padrone e possessore civile per mezzo proprio: non facendo adunque usurpazione nè controversia di possesso. Non giovano punto alla interpretazione di Molitor le ultime parole del frammento, le quali sembrano a prima giunta accennare ad una controversia di possesso mossa dall'inquilino. In verità non accennano ad alcuna controversia esistente di possesso, ma ad una futura temibile usurpazione del medesimo. Quantunque nel solo rifiutare dell'inquilino, che il padrone faccia i giusti restauri, non possiamo vedere sottrazione, o controversia di possesso; pur non ostante è vero, che ne nasce un timore ben vicino che l'inquilino, il quale così cominciò ad eccedere i suoi diritti e a fare ostacolo a quelli del padrone, spinga oltre questa dimostrata inclinazione alle usurpazioni, ed in seguito ripeta simili impedimenti ai giusti restauri od anche lasci daddovero la sua qualifica d'inquilino e respinga assolutamente e costantemente il proprietario. Vedremo che nell'*u. p.* quanto è necessario il possesso attuale all'epoca dell'impetrato interdetto, altrettanto è indifferente se la *vis* futura, che si vuole con esso impedire, consista in mero turbamento o in assoluta sottrazione di possesso. Ecco perchè il padrone potè nel caso esercitar l'*u. p.*, non in vista di alcuna vera controversia di possesso, mossa o da muoversi, ma di temibili future offese al proprio possesso.

[3] Non accetterei l'opinione, che, già difesa da alcuno fra gli antichi scrittori, oggi è assai comune; esser la *l. 11, de vi* una *lex fugitiva* ossia mal situata sotto il titolo *de vi* perchè spettante piuttosto al titolo *uti possid.* Ciò deducono dalle parole del testo « vim facit » combinate colle parole della formola dell'*u. p.* « vim fieri veto », e sommamente dalle ultime espressioni di esso testo « per quod liberam possessionem adversarii non relinquit », mentre la *vis* necessaria per l'*unde vi* deve togliere affatto il possesso, non impedirne solo la libertà. La prima osservazione non conchiude; perchè la *vis* è contenuta nei requisiti e nella formola anche dell'*unde vi.* Nè conchiude la seconda. La spiegazione della parola *vis* non fu fatta in occasione dell'interdetto *u. p.*; per la ragione, che ivi nell'uso più antico la *vis* era presa in modo troppo improprio e singolare per sole

§ 674.

Coloro, che tengono la contraria opinione, oppongono primieramente, che anche quando i giureconsulti trattano di vere offese al possesso, atte allo sviluppo dell'*u. p.*, le riportano a controversia di possesso; così infatti parla Ulp. *l.* 3, *§ 2, u. p.* « Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. » Non risponderei col Bruns *Besitzkl. pag. 61, 76,* negando seccamente che « possessionis controversia » sia vera solo nel caso d'un possesso controverso. Poichè è bensì vero, che in qualunque uso degl'interdetti regolatori del possesso « de possessione... inter aliquos contenditur » *Gaj. IV, 139*; lo che significa semplicemente che la lite si aggira in materia di possesso, p. e. se veramente fu offeso o no il riconosciuto possesso di una persona, senza implicare necessariamente questione sulla verità del possesso stesso. Ma è inesatto il dire, che nell'uso dell'*u. p.*, che noi ora difendiamo, possa dirsi propriamente

dichiarazioni verbali come sopra esponemmo. Essendo la *vis* enunciata anche nella formola dell'*unde vi* fu ben ragionevole, che piuttosto in occasione di questo interdetto s'intraprendesse la esposizione di essa parola. In tale occasione la esposizione fu fatta piena; ossia si disse in quale estensione essa parola può essere presa in materia d'interdetti, prescindendo solo da quella improprietà maggiore e del tutto singolare che piglia talvolta nell'*u. p.* Così vi fu compresa ogni offesa, che impedisce la libertà del possesso: con che però non si escluse al certo ma s'incluse quella, che del tutto lo toglie; mentre, esercitata tale offesa, non può dirsi davvero che l'antico possessore resti nel libero possedimento. Come poi la *vis*, la quale non togliesse del tutto il possesso, non bastasse per l'*unde vi*, era da esporre in seguito nella spiegazione della seguente parola della formola, *dejecisti;* quale spiegazione è ampiamente fatta sotto lo stesso titolo *de vi et de vi arm.* nelle pandette. Che questa esser debba la interpretazione della *l. 11*, cioè che non vi sia esclusa la *vis* ablatrice del possesso, apparisce anche da ciò, che pur riferita all'*u. p.* la *vis* del *vim fieri veto,* ossia la *vis* futura all'epoca del dato interdetto, essa può consistere tanto nel turbare la libertà del possesso, quanto nel toglierlo assolutamente, siccome accennai e tornerò ad esporre in seguito.

possessionis controversiam fieri, che è ben diversa espressione; significando, che la esistenza stessa del possesso in alcuno è revocata in questione. Mi sembra, che il passo d'Ulpiano si debba più convenientemente spiegare così. Provammo, che il primitivo uso dell'*u. p.* fu in *controversia possessionis* (§ 665, segg.), e che alla *controversia possessionis* si contenne la prima estensione fatta in seguito (§ 672.) Allorquando fu fatta l'altra estensione, della quale ora ci occupiamo, si sentì la difficoltà, che cioè troppo sembrasse abbandonarsi l'uso fatto finora, portando l'interdetto là dove non è vera *controversia possessionis*. I romani, sempre nel progredire prudenti e cauti di non troppo allontanarsi dal gius ricevuto, cercarono di diluire questa difficoltà con mostrare, che impropriamente ed in vista degli effetti *controversia possessionis* può dirsi ancor qui, ove si esperimenta l'*u. p.* in rapporto ad offese reali anche senza pretesa vera di possesso nell'offensore. In quanto che le vie di fatto sono pure il peggiore effetto che da una controversia di possesso può e suole derivare. Le parole d'Ulpiano « *videris* mihi etc. » esprimono precisamente la improprietà del discorso. — Altri testi, cumulati specialmente da Molitor, hanno anche minor peso. Che Ulpiano, o per dir meglio Triboniano (§ 703) dia nell'interdetto la vittoria a colui che « dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet » *l. 1*, *§ 1*, *utrubi*, si spiega secondo noi facilmente, purchè quel « super hoc inquietatur » non si restringa esageratamente alla sola controversia mossa sul « possessionem habere » ma si riporti anche ad altri attacchi di fatto che pur non lasciano « possessionem habere » quietamente. La *l. 3*, *§ 5*, *u. p.*, che nega l'*u. p.* all'effetto di correggere stati di fatto già precedentemente stabiliti, ha la ragione, che l'*u. p.* è interdetto *retinendae*, e si dà dal pretore in vista della *vis* futura e non della passata (add. § 684). Se nella *l. 9*, *pr. quod met. ca.* si dà a chi consegnò per timore una cosa la restituzione in intero *ex cap. metus*, la ragione è perchè non poteva darglisi l'interdetto *unde vi* per mancanza di *dejectio*, *l. 5*, *de vi.* E se Ulp. *l. 13*, *§ 7*, *de injur.* non concede l'*u. p.* a chi vien proibito dal pescare nel mare, ma gli dà

piuttosto l'azione d'ingiurie, ciò è perchè quella proibizione non costituisce offesa di possesso (§ 171): add. § 704, n. 1. — Nè maggiormente mi muove quel che soggiunge Machelard, che, data un'estensione tanto vasta all'*u. p.*, resterebbero inutili tante altre azioni, che converrebbe sopprimere; come la *condictio furtiva*, *l'actio legis Aquiliae.* Giacchè l'*u. p.* non ha efficacia di riparare i danni passati, checchè esso Machelard sostenga in contrario; siccome ripetutamente dicemmo e proveremo in seguito largamente. Questo è officio delle dette azioni: nelle quali inoltre è supposto nell'attore o il dritto di dominio o qualche altro dritto sulla cosa. Resta all'*u. p.* nell'uso, che qui difendiamo, lo scopo tutto proprio di difendere il possesso dalle violenze future per mezzo del minaccioso apparato della sua *sponsio*, la quale verrà messa in opera se dopo impetrato l'interdetto violenza avrà luogo contro il comando del pretore.

§ 675.

La più grave difficoltà, che possa farsi alla nostra opinione, è quella presa dalla duplicità della formola e del processo, descrittaci costantemente dagli autori del dritto riguardo all'*u. p.*, *l. 2, pr. de interd.*, *l. 3, § 1, u. p.*, *l. 37, § 1, de O. et A.*, *§ 7, I. de interd.*, *Gaj. IV, 160, 166-170.* Dappoichè se uno possedeva senza che altri gli muovesse su ciò controversia, ed egli implorava l'*u. p.* solo per garantirsi da mere vie di fatto che temeva da un altro, perchè mai concepire l'interdetto « Uti *possidetis*, quominus ita *possideatis*, vim fieri veto » e non piuttosto semplicemente: *Uti ille possidet, quominus ita possideat, vim fieri veto?* Nè apparisce, come poscia, avvenuta la violenza contro l'editto del pretore, si facesse la *fructuum licitatio*, quando era certo che uno dei litiganti non pretendeva al possesso; e come succedessero due *sponsiones* e due *restipulationes*, quando uno solo, rimanendo in quella ipotesi, era quello che avea subìto la *vis* e solo poteva lamentarsi d'essere stato offeso nel suo possesso contro il comando del pretore. Esso solo poteva sperare di

ottener qualche cosa dal giudizio interdittale: l'altro non poteva sperare altro che d'essere assoluto; in lui non s'intendono le parti di attore, ma soltanto quelle di reo convenuto. Insomma la duplicità dell'interdetto non è possibile — Per queste molto serie riflessioni credo, che se l'uso del nostro *u. p.* fosse stato originariamente quello che qui difendo, non avrebbe originariamente mancato all'interdetto medesimo una concezione *simplex*. Ma dimostrammo, che invece l'uso originario fu quello di sciogliere la vera controversia di possesso in occasione della R. V.; ove la concezione duplice era ottima (§ 666). Questo rimase in pieno vigore non solo finchè durò il sistema formulario, *l. 35, de a. vel a. p., l. 1, § 45, de aq. quot.;* ma anche quando esso decadde, *l. 13, C. de R. V., l. 3, C. de interdict., l. 1, C. h. t.* [1], *§ 4, I. de interd.:* e sull'*utrubi*, compagno perpetuo dell'*u. p.*, è di tale uso fatta memoria nella *l. 1, C. Theod. utrubi.* A questo uso originario vedemmo che si accostò primieramente l'altro avente parimenti lo scopo di sciogliere una vera controversia di possesso benchè estranea alla R. V.; ed anche qui la concezione duplice era conveniente (§ 672). E si noti, che questo è caso assai comune; perchè ordinariamente chi minaccia d'attaccare di fatto un possesso suol farlo asserendo il possesso a se appartenere veramente. Accedette poscia l'uso di cui adesso discutiamo; ed anche in esso la concezione duplice poteva essere adatta in varie ipotesi. Primieramente, benchè supponiamo che all'epoca del dato interdetto non si faccia vera controversia di possesso, ma esista solo timore di unilaterali offese, pure può benissimo tornare in seguito il descritto caso ordinario, che cioè il minacciante asserisca il possesso esser proprio, e così aprirsi l'adito alla duplicità dell'interdetto che per tale caso era già stata ricevuta.

---

[1] « Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri probibebit (cf. § 662): ac (più chiaramente ne' basilici *L. 3, 62, Heimb. V. 63.* ὅτε λοιπὸν) satisdationis, vel transferendae possessionis (cf. § 746) edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet ».

§ 676.

Nè basta: anche se nè al tempo dell'ottenuto interdetto, nè in seguito, nasca controversia vera di possesso, ma si resti prima in minaccie e poi in esecuzione di mere vie di fatto; l'uso del duplice interdetto può essere talvolta ancor qui conveniente ed opportuno. Ciò nel caso che lo stesso fondo urbano o rustico fosse posseduto da due o *pro diviso* o *pro indiviso* (§ 175 segg., 183); e perciò ambedue costoro abbiano l'*u. p.* a difesa del possesso proprio. Poniamo, che tutt'e due riconoscano nell'altro il possesso, e tanto possesso; che non facciano vera controversia di possesso (quale è la ipotesi nostra); ma solo abbiano non irragionevol timore che il possesso proprio venga dall'altro offeso. È da preporre, che nel rendere gl'interdetti nelle singole fattispeci non era l'obietto più dettagliatamente indicato di quello che lo fosse stato nell'editto. Così nell'*unde vi* non era nominato il luogo, ma era nudamente usato l' « Unde » dell'editto. Lo prova l'orazione *pro Cæcina c. 28*; ove Cicerone discute il valore d'un'argomentazione, che un tal consultore avea suggerita al suo cliente, concepita nel seguente modo. Il pretore interdisse « ut unde dejectus esset, eo restitueretur, hoc est, quicumque is locus esset, nude dejectus esset »; la sponsione, fatta dopo reso l'interdetto, era concepita così: *Si contra edictum praetoris non restituisti, tot nummos dare spondes?* Poichè dunque (ragionava quel consultore) nè l'interdetto nè la sponsione contengono il nome del luogo, Cecina vincerà, solo che provi di non esser stato restituito in un luogo qualunque onde realmente sia stato deietto, quantunque questo non sia precisamente quel luogo del quale si pensava quando fu impetrato l'interdetto, ma un altro diverso. Cicerone rigetta cotesta argomentazione, come se essa fosse un « pugnare verbis »: ma resta provato, che nel rendere gl'interdetti non si esprimeva il nome del fondo [1]. Un

[1] La interpretazione del passo di Cicerone trovasi in SCHMIDT *pag. 225, not.* ed in BETHMANN *II, pag. 837,* che però vanno modificati a vicenda.

altro esempio nell' interdetto *de itinere actuque privato*. Che il medesimo fosse reso così come parlava l' editto, cioè « Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno usus es »; lo dimostra Ulpiano *l. 1, § 4, de itin. act. priv.* « Si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare, vel iter, vel actum in usu habuisse ». Onde è manifesto, che nell' interdetto era sempre mentovato e *iter* e *actus*, quantunque si avesse a trattare nella fattispecie o del solo *iter* o del solo *actus* [2]. Del pari nell' *u. p.* altro non si diceva che: *Uti eas aedes* o *fundum* [3]. Pertanto nella descritta ipotesi (che ambedue i possessori delle parti d' un fondo temessero reciprocamente offese al possesso proprio) siccome il pretore pronunciava l' *u. p.* genericamente delle *aedes*, del *fundus*; così, se dopo reso l' interdetto ambedue usassero violenza, ad ambedue giovava l' interdetto, il quale perciò procedeva duplice colle sue parti almeno più importanti della doppia *sponsio*, doppia *restipulatio*, e relativa possibilità di condanna quanto a tutt' e due i litiganti. Altrettanto si dica se di que' due possessori uno solo temesse violenza e promuovesse l' interdetto; ma dopo reso l' interdetto medesimo, di fatto accadesse, che e l' altro ad esso ed anche esso all' altro cominciassero a far violenza. Giovava la concezione duplice affinchè ambedue potessero far la *sponsio* e la *restipulatio*, il doppio processo proseguisse simultaneamente. Inoltre nella stessa ipotesi di due possessori di parti d' un fondo giovava sommamente la duplice concezione all' effetto, che colui, contro il quale l' interdetto erasi ottenuto, non fosse da ciò soverchiamente atterrito così che si astenesse dall' esercitare il proprio possesso; e colui, che lo avea ottenuto, non pren-

---

[2] Giusta osservazione di SCHMIDT *pag. 225, seg.*

[3] BETHMANN *pag. 361, n. 88* crede che si esprimesse il nome del fondo; ma i testi da esso allegati (*l. 1, pr. de tab. exhib., l. 3, pr. de lib. exhib.*) non provano se non che la espressione de' nomi delle persone alle quali l' interdetto si riferiva; lo chè anche lo SCHMIDT ammette siccome necessario. Del resto neppure Bethmann dice, che avessero ad essere designate le parti del fondo *pro diviso* o *pro indiviso*, allorquando la lite dovea cadere sul possesso delle parti d' un fondo.

desse baldanza ad occupare il possesso dell'altro. In breve, ciascuno era con opportunità somma avvertito ad osservare i ragionevoli confini [4].

§ 677.

Pertanto l'uso dell'interdetto duplice e nella formola e nel processo era pieno frequentissimamente, non solo in vista degli impieghi dell'*u. p.* anteriormente ricevuti, ma talvolta anche di quello fattone riguardo a previsti attacchi scevri di pretesa al possesso altrui. Solo allorquando venisse impetrato l'interdetto riguardo ad unilaterale attacco, e questo realmente sopraggiungesse unilaterale e destituito della cennata pretesa; la duplicità del processo non poteva affatto

---

[4] Tanto prudente ed opportuno ciò parve al pretore, che talvolta applicò questo metodo anche se colui che in parte possedeva il luogo, del quale fosse generalmente concepito l'*u. p.* promosso dall'avversario, non potesse pur esso esercitare l'*u. p.* a difesa di quel suo possesso, ma potesse valersi d'un altro interdetto affine. Aggiungendo espressamente nel dare all'avversario l'*u. p.* la tuizione di detto possesso. Un padrone del suolo si lamentava, che il superficiario lo turbasse nel possesso del suolo medesimo, p. e. invadesse i sotterranei. Esso poteva ottenere l'*u. p.* contro il superficiario, *l. 3, § 7, vers. Ceterum, u. p.* (§ 144): e l'interdetto secondo le cose provate sarà concepito « Uti *eas aedes* etc. » colla qual parola « aedes » è inteso e suolo e superficie *l. 23, pr. de usurp. et usuc.* Volle il pretore evitare, che per tanta ampiezza di espressione nell'interdetto troppo s'intimidisse il superficiario, o troppo imbaldanzisse il padrone del suolo, così che questo a quello recasse nocumento nell'esercizio della sua *superficies;* insomma ravvisò l'opportunità di proclamare i ragionevoli limiti ad ambedue. Non bastava a tale scopo lo stesso *u. p.* e la sua formale duplicità, perchè esso *u. p.* non giova di sua natura che al padrone del suolo, non difende il superficiario; ai superficiarii non compete l'*u. p.* ma il *de superficiebus* (§ 143). Il pretore cumulò i due interdetti, lo che per la loro similitudine essi agevolmente soffrivano: così: *Uti possidetis, vel ex lege locationis sive conductionis superficie fruimini, nec vi nec clam nec precario alter ab altero, quominus ita possideatis fruamini, vim fieri veto.* E ciò significa Ulpiano nella *d. l. 3, § 7, vers. Ceterum* quando aggiunge immediatamente « sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis ». Anche WITTE *pag. 113* sostiene il cumularsi de' due interdetti.

essere applicata. Più scrittori [1] hanno notato, che in verità l'interdettale procedimento era *simplex* quando si trattasse di offesa veramente unilaterale al possesso. Onde alla dimanda, quando il processo dell'*u. p.* fosse *duplex* e quando *simplex,* convien rispondere distinguendo. O l'interdetto era impetrato in vista di vera controversia di possesso già mossa sia in occasione di R. V. sia fuori di essa; ed allora appena impetrato l'interdetto e pronunciato dal pretore il *vim fieri veto*, le parti dovevano, come sopra fu esposto, ripetere la reciproca pretesa di possesso, e, costituita così la doppia *vis*, venire alla *fructuum licitatio*, alla duplice *sponsio*, alla duplice *restipulatio*, per poi andare avanti al giudice che conoscesse la cosa; precisamente come fu esposto § 662. O l'interdetto era impetrato in vista di future violenze senza pretesa di possesso; ed allora, avvenuta l'impetrazione, le parti si dipartivano dalla presenza del pretore siccome soleva farsi in tutti gli altri interdetti (§ 59); nè si poteva procedere se non quando colui, contro cui l'interdetto era stato impetrato, avesse in seguito fatto qualche atto contro il possesso dell'impetrante. Se tale atto sopraggiungesse consistente in fatti accompagnati da pretesa di avere il possesso fin dal tempo dell'interdetto reso, ovvero consistente in una orale simil pretesa (che i romani erano abituati ad intendere per *vis*); l'interdetto ripigliava il suo andamento duplice, le parti doveano comparire avanti al pretore, fare la *fr. licitatio* e il resto. Se poi detto atto sopraggiungesse in quella unilaterale violenza che era stata temuta da principio; l'interdetto si sviluppava *simplex*, una era la *sponsio,* una la *restipulatio,* e su queste e la loro formola di *condictio certi* si formava il seguente giudizio. In quest'ultimo caso, posto che l'impetrante riescisse nella prova, vinceva la somma della *sponsio*, e convenuto per la *restipulatio* era assoluto: aggiunto ancor qui, come ritengo, uno *judicium secutorium* per la rifazione dei danni, mentre la somma della *sponsio* era di sua natura

[1] RUDOFF *Zeitschr. XI, p. 334,* SCHMIDT *pag. 287,* WITTE *pag. 109 segg.,* MAYNZ *§ 175 n. 7.*

una mera penalità *Gaj. IV, 141, 162, 163* (§ 59). Posto invece che l'impetrante perdesse, era l'avversario assoluto per la *sponsio*, e quello era condannato per la *restipulatio*. — Dalle cose discorse può conchiudersi: Primo, che se la formola interdittale fu sempre duplice *uti possidetis* etc., ciò dipese dallo essere stato originariamente necessario farla tale, e dallo essere rimasta adattissima pel seguente processo anche rapporto agli usi sopraggiunti, qual processo per lo più era duplice pur esso. In vista dell'uso infrequente del semplice processo il pretore credette inutile introdurre una nuova formola semplice; ritenne costantemente la duplice, la quale era ancor qui certamente innocua perchè in peggiore ipotesi v'era esuberanza di espressioni e nulla mancava per fermo ai bisogni occorrenti. Tanto più, che all'epoca del pronunciarla non si sapeva se il processo fosse per riescire duplice: lo che, come vedemmo, era per accadere se quindi fosse mossa controversia di possesso nel modo che descrivemmo di sopra. — Secondo, che pur essendovi caso di *u. p.* con processo *simplex*, quand'anche Gajo ne' commentari non ne avesse affatto parlato, ciò sarebbe facile a spiegare in libro di sua natura elementare, ove era indispensabile parlare solo delle cose originarie, più solite, e più caratteristiche. Ma avanti al *§ 166, d. comm. IV* sventuratamente abbiamo due pagine illeggibili nel codice veronese, che neppure i lavori dello Studemund sono riesciti a decifrare. In esse è probabilissimo, che Gajo avvertisse quando l'uso dell'*u. p.* importasse un processo *simplex*. È da notare, che in *d. § 166*, interpolato com'è pur esso, si possono leggere nel codice le parole « una inter eos sponsio, itemque restipulatio »; ed è verosimile affatto, che Gajo nel cominciare che faceva in *d. § 166* la esposizione degli atti componenti il processo *duplex*, tornasse a fare breve ammonizione della differenza che esisteva negli atti componenti il *simplex* [1].

---

[1] Le diverse congetture fatte su questi passi di Gajo sono da vedersi specialmente in HUSCHKE *Gaj. p. 194, n. 201*, SCHMIDT *pag. 287*, WITTE *pag. 110*, MACHELARD *pag. 214 n. 1.*

§ 678.

Ho ripetutamente detto, e nel precedente trattato tenuto sempre per fermo, che per procedere nell' impetrato interdetto, e vincere ne' giudizi consecutivi, è d' uopo che l' impetrante abbia dopo detta impetrazione sofferto una *vis*. — *Vis* fatta avanti l' impetrato interdetto non giova punto per quelli effetti. Veramente Savigny *pag. 380 seg.* crede anche la *vis* anteriore al reso interdetto giovare per la vittoria, cioè per ottenere una relativa condanna dell' avversario a rifazione di danni. Ma meglio Keller *Zeitschr. f. g. RW. XI, 306*, Schmidt *pag. 60 segg.*, ed altri, lo hanno negato. Argomentano bene dalla natura proibitoria dell' interdetto, *vim fieri veto.* Il comando del pretore è rivolto all' avvenire; dunque contro il comando del pretore fa soltanto colui, che faccia la *vis* dopo quello; questo solamente può esser vinto nei giudizi seguenti dove « quaeritur an aliquid adversus praetoris edictum [1] factum sit » *Gaj. IV, 141.* Saviamente Bruns *Besitzkl. pag. 45 seg.* aggiunge la ragione, che rifazione di danni non è senza dolo o colpa; ma spesso ambedue i litiganti nell' *u. p.* sono in ottima fede nel credersi possessori; talvolta ancora chi fece un uso della cosa, che poi da un altro è qualificato per offesa del proprio possesso, lo fece in buona fede e senza credere che il suo usare avesse quella qualità. Si aggiunga pure, che sovente la *vis* anteriore all' interdetto reso non consiste in un fatto meramente transitorio, cioè che dopo compito non lasci traccia di se, ma lascia invece nella cosa uno stato che modifica il possesso dell' offeso; come per esempio se alcuno arò o scavò nel nostro campo, e così arato o scavato lo lasciò, ovvero se alcuno edificò nel nostro, *l. 11, de vi.* Pertanto trovandosi così modificato il possesso

---

[1] Su questa parola « edictum » già notai § 59 n. 1 che qui è presa per lo special comando del pretore e non pel suo editto generale. Ciò apparisce dalla connessione colle parole antecedenti « cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit » (add. *§ antec. 139, 140)*; e colle seguenti « vel an factum non sit, quod is fieri jusserit ».

nostro all' epoca del reso interdetto, segue, che non possiamo per mezzo dell' interdetto medesimo desiderare una correzione di simili fatti. Perchè è interdetto *retinendae* « *Uti* possidetis, quominus *ita* possideatis etc. » e non può operar altro che la difesa del possesso quale si trova quando è pronunciato, non può cangiarlo e restituirlo quale era stato in un tempo anteriore. — Savigny si vale della *l. 1, pr. u. p.* « neque pluris quam quanti ea res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam »; quali parole secondo lui non hanno senso se non riferite alla *vis ante edictum*. Ma bene hanno risposto Keller e Schmidt *loc. cit.* [2], che, qualunque esser possa l' intenzione di Triboniano nel riportare quel passo nelle pandette in vista del dritto de' suoi tempi (cf. § 686), il pretore non intese di parlare di termine a promuovere l' interdetto, ma di fissare il termine annale ad intentare le relative azioni dopo l' interdetto reso. Ed in verità si valse della parola « agere », che parlando propriamente (e nell' editto stesso è da credere adoperata locuzione propria) è ben distinta dall' impetrare l' interdetto [3]. — Alla opinione di Savigny si tiene saldamente Machelard *pag. 200 segg.* La ragione principale, alla quale ei sempre torna sotto forme diverse, è che, constatato una volta dal giudice nell' *u. p.* che

---

[2] Nonchè Rudorff *pag. 333 segg.*, Bruns *Das Recht des Bes. pag. 52* e *Besitzkl. p. 43 segg.*, Witte *p. 125 segg.*, Bethmann *p. 380* etc.

[3] Rudorff, Bruns, Bethmann sopra citati, nonchè Molitor *pag. 135*, ed altri, riferiscono la prescrizione annale non solo ai giudizi penali delle sponsioni ma anche al cascelliano. Lo contrasta Witte *p. 96 seg., 126.* benchè senza molta sicurezza; per la ragione che questo giudizio è *rei persequutorium*, ora le azioni onorarie, che hanno la persecuzione della cosa, si danno anche dopo l' anno *l. 35, pr. de O. et A.* Accedo alla prima opinione, mosso dalle riportate parole della *l. 1, pr. u. p.*, le quali anzi meglio convengono al giudizio cascelliano che a giudizio di sponsione. Poichè quello si dà al *quanti ea res erit*, questo alla certa somma contenuta nella *sponsio.* Mi sembra inoltre conchiudente la natura del cascelliano, che è *secutorium* in modo che non può vincere in esso se non che colui il quale abbia già vinto in giudizio della sponsione. Onde non è meraviglia, se per indiretto il cascelliano fosse annale, benchè nella sua semplice natura sarebbe perpetuo.

l'impetrante aveva il possesso, è con questo stesso dimostrato essere stato il medesimo ingiustamente turbato in quello prima dell'impetrazione dell'interdetto; non può dunque il giudice lasciare impuniti fatti colpevoli. Rispondiamo. Prima di tutto ricordiamoci, che non si tratta di offeso dritto propriamente detto, ma di solo possesso, per se fatto mero. Come e quanto debba essere questo tutelato, a quale estensione abbia a giungere la repressione degli attacchi, è cosa di puro dritto positivo pretorio (cf. specialmente § 65). L'*u. p.* resta tale quale la sua natura lo determina. Se per avventura offese a un dritto fossero veramente accadute, vi sono de' rimedi propri, l'azione negatoria, l'azione d'ingiurie, e sopra tutto le azioni relative alla legge Aquilia. Può anche esser luogo all'interdetto *quod vi aut clam*, se si tratti di lavori fatti con violenza o clandestinità. Non neghiamo, che sarebbe più corto (« plus simple » come dice Machelard *p. 205*) di finir tutto con un colpo, e lasciar che il giudice nell'*u. p.* fissasse anco le conseguenze della perturbazione avvenuta prima del reso interdetto. Ma questa riflessione, alla quale riducesi alla fin fine tutto lo argomentare di Machelard, non ha gran peso giuridico. Mentre il desiderio di brevità o semplicità non deve persuaderci decisioni che siano a scapito del giusto ordine e della schietta natura che ai singoli rimedi ha dato la legislazione.

§ 679.

Nel difendere l'opinione, che i fatti violenti anteriori alla lazione dell'interdetto non bastano per promuoverne il possesso e vincere, non intendo dire, che si possa senza niun intecedente chiedere ed impetrare l'interdetto contro il primo :he capiti. Non sarebbe serio, nè degno d'essere ascoltato dal pretore, chi pur confessando che Numerio Negidio nulla fece o disse contro il possesso proprio, si presentasse per chiedere protezione. Deve preesistere o una *controversia possessionis* di vero nome, o una minaccia per parte dell'avversario cha nasca pur da atteggiamento sospetto. Anche un fatto di questo,

che modificò quel possesso che si vuol difeso, è idoneo allo scopo d'impetrare l'interdetto; siccome minaccia assai grave, che in avvenire si passi ad offendere anche ciò che ci resta del possesso; siccome occasione per impetrare ragionevolmente protezione da queste future temibili offese. S'intende, che tali fatti antecedenti non abbiano tolto del tutto il possesso; chè allora nulla più resterebbe a difendere coll'interdetto *retinendae*. Ed in questo solo senso può accettarsi quel che generalmente troviamo ripetuto dagli scrittori (§ 660), che cioè l'*u. p.* si dia per la forza inquietativa *(Störung)*, mentre l'*unde vi* si da per la espulsiva (*Entziehung*). — Pertanto per promuovere e poi proseguire nell'*u. p.* si richieggono due fra minaccie e violenze: una anteriore, l'altra posteriore alla impetrazione; e due sono le differenze le quali distinguono una dall'altra. La prima differenza si è, che l'anteriore può consistere in mere verbali minaccie di futuri assalti, anche senza che sia mossa vera controversia di possesso; mentre la posteriore dev'essere una *vis* consistente o in una mossa di tale controversia (chiamata *vis* dai romani per antica abitudine § 671, 677), o in una vera via di fatto. Mera ripetizione di minaccie senza asserirsi possessore non forma *vis* in verun senso [1]. L'altra differenza è, che l'anteriore può bensì consistere anche in un fatto violento, riguardato come minaccia e purchè non abbia tolto del tutto il possesso; mentre la seguente può consistere in un fatto, che o turbi o tolga il possesso del tutto. Imperocchè, reso dal pretore l'interdetto *vim fieri veto*, l'impetrante vincerà purchè possedesse *nec vi nec clam nec precario ab adversario* a quell'epoca; nè gli sarà impedita la vittoria per aver cessato di possedere per la po-

[1] Non osta la *l. 20, § 1, quod vi aut clam,* che altri ha indotto a contraria sentenza. Paolo dice « Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu: id est, vel dicentis se prohibere etc. » Non tratta affatto di definire quale sia la *vis* con cui si offenda un possesso contro la proibizione del pretore; nè in alcun modo alla *vis* ascrive le sole parole; ma dice, che colui il quale opera di fatto sembra operare *vi*, se faccia dopo una proibizione qualunque anche verbalmente espressa. Cosa del tutto diversa.

steriore violenza dell'avversario [2]. Anzi la violenza, che quindi tolga affatto il possesso, è sommamente contraria a quella proibizione del pretore, attissima perciò allo sviluppo posteriore del processo interdittale. Quindi è, che Cicerone nel passo *pro Caecina*, di cui parlammo § 663, e parleremo ancora § 712, n. 2., pur tenendo per *dejecti* coloro che fossero fuggiti avanti alla presenza di uomini armati, dice, che possono per questo stesso provocar la sponsione in forza dell'interdetto proibitorio, ossia *Ni adversus edictum praetoris vis facta esset.* Abbiamo anche veduto § 673, n. 2, come in questo senso si spieghi la *l. 3, § 3, u. p.*

§ 680.

La tesi, che abbiamo difeso ne' due parag. precedenti, ci dà lume a chiarire molti altri importanti frammenti oltre la *d. l. 3, § 3.* Si spiega come nella *l. 12. comm. divid.* Ulpiano ad esperimentare l'*u. p.* richiegga solo « Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit », senza domandare che già la *vis* fosse fatta contro chi già abbia provato di *reficere* ecc. Mentre per impetrare l'interdetto basta un giusto timore che sia dalle circostanze giustificato: necessaria è la *vis* dopo l'impetrato interdetto per procedere in seguito [1]. — S'intende ancora, perchè Ulp. stesso *l. 5, § 10. de o. n. n.* afferma, che noi possiamo « uti » dell'interdetto *u. p.*, allorquando « in nostro aliquid facere quis *perseverat* ». Accennando così, che mentre il solo principiare, che altri faccia un lavoro avverso al nostro possesso, è ragione d'impetrare l'interdetto in vista della futura prosecuzione del lavoro medesimo, per valerci (*uti* in senso stretto e proprio) dell'impetrato interdetto è necessario che realmente tale prosecuzione abbia luogo.

---

[2] Così scrivono anche SCHMIDT *pag. 51, no. 32.*, BRUNS *Besitzkl. p. 62, 67.*

[1] Tornerò fra poco § 683, n. 1 su questo frammento.

§ 681.

Si spiega altresì la *l. 3, § 9, u. p.* che tanto ha occupato gl'interpreti. Ulp. « Si vicinus meus in pariete meo [1] tectoria habeat et in pariete suo, uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur ». Parrebbe, che Ulp. tratti la specie, che il *tectorium* già esistesse all'epoca dell'interdetto impetrato anche sulla parete mia. Onde sorge la difficoltà come mai sul solo fatto anteriore potesse efficacemente basarsi l'interdetto, tanto più che quel fatto aveva modificato il mio possesso. Schmidt *pag. 63* per spiegare questo testo altera la buona teoria, anche da esso difesa, sulla necessità d'un fatto posteriore all'interdetto allo scopo di vincere. Dice, che nel caso non è necessario per vincere un fatto susseguente all'interdetto; perchè vi è, e soddisfa, il fatto avveratosi per lo innanzi ma tuttora perseverante dopo l'interdetto medesimo. Basti il riflettere, che il fatto anteriore all'interdetto sarebbe, come accennai, modificatore del possesso; onde l'impetrante mai potrebbe vincere, non potendo ottenere di più che di possedere *ita, uti* possedeva al tempo del reso interdetto *retinendae*. — Witte *pag. 107* tien ferma la detta teoria, e spiega così. I *tectoria*, de' quali parla Ulpiano, erano mobili di modo che potevano ritenersi per sovraimposti ad ogni istante. Però ritorna, che io padrone del muro avrei posseduto *ita* al tempo dell'interdetto impetrato, e che non posso intendere a diverso possesso per mezzo d'interdetto *retinendae*. Oltre che i *tectoria* non eran mai mobili, ma intonacature [2]. —

---

[1] Così legge bene SCHMIDT *pag. 62*. Infatti ne' basilici si trova « *ἐν τῷ τοίχῳ μου* » *LVIII, 17, 3, Heimb. V. 217.*

[2] CICER. *Verr. 3, 55,*, e *De legib. 2, 26*; VITRUV. *7, 2. 3,*; PLIN. *35, 56, 1., 36, 55, 1,*; PLAUT. *Mil. 1, 1, 18*; IUVENAL. *6, 466*; AUGUSTIN. *Epist. 1, ad Volus.*; *Inscript. Orell. 1621.*, e *supplem. 7372*. Secondo le varie materie ond'era composto il *tectorium* dicevasi *albarium, arenatum, marmoratum, testaceum*; VITRUV. *loc. cit.*, VARR. *de R. R. 3, 11*. In altri due passi delle pand. si parla di *tectorium*, e certo come di cosa aderente. *L. 44. de usufr.* Nerazio « Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent,

Spiegherei nel seguente modo. La specie era d'un vicino che nel suo muro avea principiato a fare le intonacature: ma era apparso dall'ammasso della materia preparata e dalle altre disposizioni, che egli avrebbe intonacato anche il muro mio. Io avevo curato che fosse reso l'interdetto. Ora avviene, che realmente egli cuopra il mio muro « in pariete meo tectoria habeat ». L'interdetto « mihi efficax est, ut ea tollere compellatur ». Dalla parola « efficax », che significa portare ad effetto l'interdetto, non solo impetrarlo, mi par reso chiaro, che il giureconsulto rivolga la sua indagine non alla impetrazione che suppone avvenuta, ma allo sviluppo consecutivo del processo.

§ 682.

Colle istesse massime è spiegata la *d. l. 3, § 4, u. p.* « Item videamus, si auctor vicini tui [1] ex fundo tuo vites in suas

---

imponere non potest: quia tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset, etc. ». *L. 3, § 4, de in rem verso* Ulp. « si mutua pecunia accepta, domum dominicam exornavit tectoriis... Pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet injuria ». In un solo passo in Catone *R. R. 11* sembra la parola *tectoria* presa per coverture mobili. Ma Pontedera e Schneider, sull'autorità di tre codici, correggono in *tectaria*.

[1] Bruns *Besitzkl. p. 79* fonda tutta la ragione del testo su questa circostanza, che l'autore del tuo vicino, e non il vicino stesso, traesse nel suo le viti tue. Dice, che se esso vicino avesse ciò fatto, potresti per questo solo avvenimento procedere coll' *u. p.*, mentre si tratta d'un fatto, la prosecuzione del quale (« Fortsetzung ») può essere proibita. Se Ulp. per il procedimento nell'*u. p.* desidera inoltre, che tu sii impedito dal vicino nel togliere o ritrarre le viti; ciò secondo Bruns è appunto perchè nel caso non esso vicino ma l'autore di lui avea operato il traimento nel suo, e questo, non essendo stato un fatto proprio del vicino medesimo, non poteva bastare per procedere contro di lui. — Ma è da osservare in primo luogo, che la sola prosecuzione nel fatto di traimento delle viti, già compito prima dell'impetrato interdetto *retinendae*, non poteva bastare in verun caso per procedere in questo, perchè quel fatto avea modificato il tuo possesso. In secondo luogo, se tale prosecuzione bastasse per poter procedere, non importerebbe che la prima esecuzione fosse stata di esso vicino o del

arbores transduxit, quid juris sit? Et ait Pomponius, posse te ei denunciare, et vites praecidere: idque et Labeo scribit: aut uti eum debere interdicto uti possidetis de eo loco, quo radices continentur vitium: nam si tibi vim fecerit, quo minus eas vites vel praecidas, vel transducas: vim tibi facere videtur, quominus possideas: etenim qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius ». Lo avere il vicino o il suo autore tradotto nel proprio le tue viti, è per te giusta ragione per chiedere l'interdetto; poichè ne nasce ragionevole timore, che tu venga impedito nel futuro tuo esercizio della coltivazione del fondo in cui queste viti restano piantate, ossia che venga impedito dal tradurre a tua volta le viti o dal tagliarle, lo che pur spetta a detta coltivazione. Ma quando mai il vicino sembrerà far violenza contro il comando del pretore, onde tu porti innanzi l'interdetto, *utaris* in stretto senso, e vinca? Allorquando « vim fecerit, quominus eas vites vel praecidas, vel transducas ». Che se desideri una via ancor più retta, il giureconsulto dice, che puoi denunciare e tagliare da per te; invocata l'autorità di Labeone e di Pomponio. Si esige la denuncia prima del tagliare, perchè altrimenti ti troveresti esposto al *quod vi aut clam* [2].

§ 683.

Collo stesso metodo s'intendono nella *d. l. 3*, *u. p.* i *§ 5*, *6.*, contestualmente seguenti. Degli espositori v'è chi cangia, come vedremo, le parole nel testo; e da quelli, che le con-

---

suo autore, mentre detta prosecuzione dipenderebbe sempre dal vicino medesimo. — Anche sul *§ 7, d. leg. 3, u. p.*, laddove vien dato l'interdetto *u. p.* al padrone del suolo contro il superficiario, Bruns *pag. 79, seg.* riconosce l'offesa nel *morari* durevolmente, nel che egli ravvisa un'azione turbatrice. Torna la prima delle due riflessioni fatte or ora. Noi stabilimmo (§ 144), che allora soltanto il padrone del suolo è ammesso all'*u. p.* contro il superficiario, quando questo tenti usurpazioni sulla parte sottostante alla superficie, parte posseduta dal padrone. — Nel resto della interpretazione di questo *§ 7, leg. 3*, Bruns, come vedemmo § 138, n. 1., si accosta all'idee di Savigny che noi ivi cercammo di confutare.

[2] Add. § 558, n. 4.

servano, si danno le più svariate interpretazioni: quattro ne propone la sola glossa. — Convien preporre qualche maggior dichiarazione alle cose già esposte nella questione di cui ci siamo ultimamente occupati. Ciò che dicemmo, non potersi vincere coll'*u. p.* in vista d'un fatto lesivo precedente che abbia cangiato lo stato del nostro possesso, è sommamente vero, se avvenne che da tale fatto si formasse un oggetto di possesso in chi lo compì. Poichè, avvenuto ciò senza vizio di violenza o di clandestinità rapporto a noi, non solo domanderemmo inutilmente l'*u. p.* se avessimo intenzione di voler corretto tale fatto, ma anche se avessimo il divisamento di provvedere così allo impedimento del futuro esercizio di questo possesso acquistato al nostro avversario. Imperocchè a questo modo non solamente desidereremmo la mutazione del nostro possesso da quel che esso era al tempo dell'interdetto, ed osterebbe la natura *retinendae*; ma osterebbe ancora la esistenza di un relativo possesso nell'avversario, possesso che è da proteggersi quanto il nostro; tanto che anzi un nostro attentato contro esso sarebbe frenato coll'*u. p.* ove si avessero gli altri estremi abili di questo interdetto. Pertanto in tale ipotesi possediamo ambedue, con egual facoltà di difesa: inutilmente uno adoprerebbe contro l'altro l'*u. p.* finchè ambedue non facciamo che esercitare i nostri possessi. Che se supponiamo, che quell'avvenimento ebbe luogo viziosamente *a nobis;* neppure allora potremo adoperare l'interdetto nè allo scopo che il fatto sia tolto, nè allo scopo che se ne impedisca l'esercizio futuro. Poichè sempre è vero che noi relativamente avevamo perduto il possesso; e sarà dimostrato in seguito, che la clausola « nec vi nec clam nec precario alter ab altero » non ha forza di fare esercitare utilmente l'interdetto a chi ha perduto un possesso. — Ma allorquando uno dei due cominci ad eccedere il proprio possesso ed il suo esercizio, e cominci ad offendere e minacciare di future offese il possesso dell'altro; quest'altro esperimenterà l'*u. p.;* e vincerà ancora ne' giudizi di sponsioni e nel cascelliano, se non verrà obbedito al comando del pretore, ossia se verrà adoperata anche in seguito la violenza. Dappoichè è tesi ge-

nerale, che ogni qual volta due hanno possesso o nella stessa cosa o in cose diverse, lo agire di un di loro, che non si limiti al semplice esercizio del possesso proprio ma offenda l'altrui, è frenato coll'*u. p.* anteriormente impetrato [1].

---

[1] Vedemmo un esempio nella *l. 3, § 9, u. p.* (§ 681). Altri esempi si trovano nelle pandette. Così se due posseggano un'*insula* comune *pro indiviso* (§ 183), finchè ciascuno si contiene nella sua proporzionale attività, non è luogo all'*u. p.* Ma se uno principia a edificarvi, mentre non era luogo destinato ad edificazioni, cominoia di proprio arbitrio ad eccedere quell'attività invadendo l'altrui, *l, 27, § 1, de S. P. U., l. 11, si serv. vind.*, giacchè agisce come se fosse unico padrone e possessore. Quindi l'altro, sia in ragione del proprio possesso in essa *insula* sia in ragione d'un'altra *insula* vicina tutta sua, può « per praetorem », ossia impetrato l'interdetto *u. p.*, proibire quello dallo edificare, e lo farà condannare se perseveri nella costruzione, *l. 3, § 2, de o. n. n.* — Così ancora se comune sia una casa od una parete, ed un de' due non voglia gia edificare senza necessità, ma intenda di fare un restauro, o una demolizione o un'immissione necessaria; egli rimane nello esercizio della proporzionale sua attività, mentre un condomino nello esercizio del proprio condominio comprende i restauri le demolizioni le immissioni necessarie. Quindi non si potrà per questo esercitare dall'altro l'*u. p.* Anzi se il primo venga impedito dall'altro in quelle opere, esso potrà agire coll'azione *communi dividundo* o esercitare l'*u. p.* precedentemente impetrato (§ 680), appunto perchè l'altro coll'impedire eccede la propria attività proporzionale e invade quella del primo, *l. 12, comm. div.* « Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur ». Anche SAVIGNY *pag. 386, not. 1* intende questo frammento dell'*u. p.* dato al condomino impedito dal fare i necessari lavori nella cosa comune. Diversamente WITTE *pag. 108.*, seguito da RANDA *p. 374, not.* e da WINDSCHEID *§ 152, no. 12.*, il quale chiama l'interpretazione di Savigny una « scharfsinnige doch nicht unbedenkliche Erklärung ». Egli sostiene, che anzi il condomino che voglia restaurare ecc. possa essere impedito coll'*u. p.* dall'altro, finchè resti in condominio. L'ultime parole di *d. l. 12* « communi dividundo etc. » interpreta così, che o colui il quale vuol restaurare deve agire col *communi dividundo* per toglier di mezzo la comunione, o esso subirà l'*u. p.* Ma osta il discorso d'Ulpiano, il quale, letto senza prevenzione, intende che il *comm. divid.* e l'*u. p.* sian dati all'istessa persona; non facendo cenno di direzione opposta, ossia di quello competente ad una persona e di questo competente all'altra avversaria. Inoltre quando si tratta di opere necessarie un de' condomini può farle ad onta della opposizione dell'altro, anche durando la comunione, *l. 52.*

§ 684.

Ora veniamo alla spiegazione dei *d.* § *5*, *6*, *leg. 3*, *u. p.* Dice Ulp. § *5* « Item videamus, si projectio supra vicini solum, non jure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem ». Sulle traccie di Albert *Ueber das interd. u. p.* § *101*, *segg.* il Witte *pag. 103*, *seg.* sostiene, che il testo va preso assolutamente dell'*u. p.* promosso in fatto dal solo possessore del suolo, del quale si può dire che lo ha fatto inutilmente. Dappoichè, soggiunge, quanto al possessore dell'edificio, nel quale fu costruita la proiezione, non gli si può negare che utilmente promuova l'interdetto medesimo a difesa di essa proiezione. Certo, prosegue, se il possessore del suolo tentò di agire coll'*u. p.* per ciò solo, che si tenesse la proiezione; inutile sarà tale agire ad esso stesso perchè (noi lo dichiareremo fra poco) nel possesso che ha l'avversario della proiezione non esiste alcuna *vis* contro l'editto; inutile del pari sarà al possessore della proiezione, appunto perchè si suppone che egli non abbia fatto alcun passo per difendere il possesso proprio, onde a lui nè gioverà nè nuocerà l'interdetto promosso dall'avversario. A questa spiegazione ostano due cose. In primo luogo Ulpiano parla dell'interdetto riguardo ad ambedue, al possessore del suolo e al possessore della proiezione, indistintamente « alteri adversus alterum... utrique »; non fa alcuna differenza fra i due in verun punto

---

§ *10*, *pro soc.*, *l. 32*, *de damn. inf.*, *l. 4*, *C. de aedif. priv.* La *d. l. 11*, *si serv. vind.* citata da Witte spetta ad opere non necessarie ed eccedenti la destinazione del fondo. Nello stimare la utilità di queste è eguale il voto ed il potere de' due condomini, ed, uno opponendosi, convien lasciar la cosa com'è: altrettanto non può dirsi quando si mostri la necessità, la quale parla da per se stessa a favore di chi intende occorrerle. Onde Papin. *l. 28*, *comm. divid.*, « in re enim *pari* potiorem causam esse prohibentis, constat ». Cf. il mio lib. *De obligat. p. 128*, *seg.*, ove procurai di riportare queste conchiusioni ai precetti della filosofia del dritto.

del trattato interdetto [1]. In secondo luogo vuoto parlare sarebbe quello d'Ulpiano se esprimesse la inutilità dell'interdetto riguardo al possessore della proiezione, quando costui non lo avesse punto sperimentato, e niun passo avesse fatto per difendere coll'*u. p.* la proiezione sua; negandogli una utilità che il medesimo non avrebbe desiderato. Nè fu buona la ragione per restringere la specie d'Ulp. all'interdetto promosso dal possessore del suolo. È vero, che il possessore della proiezione ha utilmente l'*u. p.* per difendere il possesso della medesima. Ma ciò, quando si compia o da un terzo qualunque, o dal possessore del suolo, qualche fatto diretto ad offendere il possesso della proiezione. Se non che in ipotesi somigliante altrettanto deve dirsi del possessore del suolo; il quale si vale utilmente dell'*u. p.* quando o il possessore della proiezione, od un terzo, compia un nuovo fatto diretto ad offendere il possesso, qual'esso è, del suolo. La questione di Ulp. è soltanto, se, posto il mero stato della proiezione, nè direttamente turbato dal possessore del suolo, nè disposto ad aumento per mezzo di fatti nuovi del possessore della proiezione medesima, possa essere utile l'*u. p.*; o venga questo esercitato dall'uno, o dall'altro. Ed in quella supposizione conchiude ottimamente che a nessuno de' due è utile l'interdetto. — Pertanto facciamo la specie nel seguente modo. Tu possiedi un suolo; il vicino dalla sua prossima casa progetta sopra quel suolo un meniano p. e., o de' *suggrundia* cssia un tetto prominente; lo che tu dici esser fatto e tenuto ingiustamente. In tale stato di cose potrai tu, omessa la negatoria, esercitare l'*u. p.* allo scopo che il vicino tolga via quella proiezione, la quale gettando ombra sul suolo tuo ne turba la coltivazione e perciò il possesso? Viceversa potrà il vicino esercitare l'*u. p.* allo scopo che tu desista dal coltivar la parte di suolo sottoposta alla proiezione, quasi che esso per mezzo di questa, prescindendo dalla giustizia o ingiusti-

[1] Albert contro l'autorità di tutti i codici vuol leggere « utique » invece di « utrique ». Lascia intera l'opposizione che fanno le altre parole « alteri adversus alterum ».

zia, sia in certo modo entrato in quella parte di suolo e l'abbia occupata, di modo che il tuo coltivarla lo turbi nel possesso della sua proiezione medesima? Niun de' due potrà esercitare l'*u. p.* (« utrique esse inutile »). Male lo eserciterebbe il vicino, perchè quantunque la sua proiezione modifichi il possesso del soggiacente suolo in te che ne soffri diminuzione di calore e di luce, non però l'occupò e tolse del tutto che tu nol possa coltivare (« alter solum possidet »); per lo che perseverando nella coltivazione di quella parte di suolo non turbi il possesso relativo alla proiezione. Male lo eserciteresti tu ancora; perchè quantunque il proiiciente occupando l'aria sovrastante al suolo turbasse e diminuisse la causa della coltivazione e del possesso del suolo medesimo arg. *l. 1, pr., l. 23, de S. P. U., l. 21, § 2, l. 22, § 4, quod vi aut clam;* pure questo fatto modificatore del tuo possesso sul suolo già era compito al tempo del promosso interdetto, anzi avea formato un oggetto di possesso pel vicino. Il quale già nell'epoca del compito fatto possedeva colla sua casa anche la superficie; ossia la proiezione; mentre, siccome esponemmo § 440, la proiezione è *superficies* in questa specie d'imposta servitù che si esercita per uno stato permanente (« alter cum aedibus superficiem »). — Segue il *§ 6* « Labeo quoque scribit: Ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo; interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui projecto tegetur: An, quo facilius possim retinere possessionem ejus prejectionis, interdico tecum, sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est? » Al certo Labeone dà al possessore della proiezione l'interdetto *u. p.* Nè a ciò conchiudere è punto necessario cancellare in fine la nota d'interrogazione, e leggere sopra « *At* quo facilius etc. », come vorrebbero Schmidt *p. 74*, e Machelard *pag. 220*, *n. 1.* Mentre, come ha ben notato il Cujacio *VIII. 536. D.*, l'interrogazione senza aggiunta risposta vale sovente presso i latini per affermazione. Però dal vedere, che Labeone dà nel *§ 6* l'interdetto, mentre Cassio nel *§ 5* lo negava, non si deve credere col Rudorff *Zeitschr. XI*, *p. 352*, e *Zusätze zu Savigny's Besitz p. 718.*, che controversia esistesse fra que' due giureconsulti: supposizione eli-

minata dalle stesse prime parole del *§ 6* « Labeo *quoque* scribit ». Ne si deve ritenere con Cujacio *loc. cit. lett. C.* e col Mommsen, che nel *§ 5* s'abbia a leggere « utrique *utile* »: supposizione contraria alla fede di tutti i codici, ed alle ragioni da noi esposte poc'anzi. In diverse ispezioni la stessa cosa viene ora ragionevolmente negata ora concessa con eguale ragione; anzi l'affermazione quanto ad una ispezione può essere conferma della negazione quanto ad un' altra. Ciò accade precisamente nel testo di Ulpiano. Avea Ulp. riportato la decisione di Cassio, nella quale era pur stabilito che non competa utilmente l'*u. p.* al possessore del fondo sottostante in ragione della mera esistenza d'una proiezione già compita avanti al mosso interdetto. Onde provare più evidentemente questa parte della decisione di Cassio, Ulpiano soggiunge un'altra decisione di Labeone. Poniamo la simile specie, che esista proiezione dalla mia casa sulla tua. Poniamo di nuovo, che tu, quasi che il possesso nella tua casa così coperta sia perturbato, tenti l'interdetto *u. p.: Uti eum locum possidetis qui tegetur* [1]. Tanto vero che tu hai torto in far ciò (come Cassio avea detto); che non solamente non potrai vincere, ma dai con questo stesso a me, se non avevo fatto la proiezione viziosamente *a te*, occasione e ragione di promuovere contro di te l'*u. p.* in vista della proiezione ossia della casa mia della quale la proiezione fa parte. Imperocchè con quel tuo agire mostri che tu vuoi attentare a questo mio non vizioso possesso; ed il pretore mi darà ascolto se chiederò l'interdetto *Uti possidetis eas aedes ex quibus projectum est* [2]. E se in seguito tu intraprenderai realmente qualche fatto che turbi la mia proiezione, vincerò ne' giudizi di sponsione e nel cascelliano. Così avviene, che quell'interdetto, il quale non mi competerebbe se per parte tua non avvenisse alcun fatto oltre il tuo possesso del fondo o casa sottoposta, anche nella

---

[1] « Tegitur » leggono meglio SCHMIDT *pag. 64*, e MOMMSEN.

[2] Che non si dia altro interdetto che questo, non uno che difenda direttamente la mia *juris quasi possessio* riguardante la servitù; lo proveremo § 760.

parte direttamente ricoperta com'essa si trova, *§ 5;* comincia a competermi quando tu inoltre esercitando a tua volta ingiustamente l'*u. p.* allo scopo di eliminare la mia proiezione cominci a mostrare di attentare alla proiezione medesima.

§ 685.

Finalmente sulle stesse massime si spiega l'ultimo periodo della *l. 8, § 5, si serv. vindic.* Ulp. « Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti ». Non credo, che abbiano ragione Windscheid *§ 159, n. 1*, Maynz *§ 224, n. 7*, [1], e Machelard *p. 213*, riportando tali parole a colui che possiede gli edifizi superiori, quasi che esso possa cumulare alla negatoria l'*u. p.* contro chi dall'inferiore cascina già immetteva fumo grave. Poichè secondo le cose che abbiamo fissate non sarebbe luogo all'*u. p.*, quando già era stato modificato il possesso del primo, e già erasi costituito nel secondo il possesso della cascina coll'immissione del fumo a questa necessariamente congiunta. Piuttosto quelle parole vanno riferite a colui che immetteva il fumo, e che cominci ad essere da ciò impedito con fatti di lor natura transitorii dal possessore de' superiori edifizi; eccedendo così questo secondo il possesso degli edifici siccome esso lo aveva, ed impedendo il possesso del primo. Egli se sostener voglia la immissione del fumo, può esercitare o la confessoria o l'*u. p.* Ciò risulta anche dal contesto di Ulpiano, il quale immediatamente prima delle riportate parole parlava di questa confessoria « jus esse fumum immittere... *Sed et* interdictum etc. ». Risulta parimenti da quella espressione « si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti », che non può riferirsi al possessore degli edifizi superiori il quale intendesse vietare al possessor della cascina di servirsi di questa e immetter fumo; ma ben al possessore della cascina che voglia usar di questa ed immettere il fumo. Cosa per se chiara e confer-

---

[1] Però MAYNZ riconosce, che può il testo prendersi in altro senso, e precisamente in quello che noi difenderemo.

mata dallo essere espressione simile adoperata da Ulpiano precisamente in questo senso nel superiore periodo *Idemque ait.* [2].

§ 686.

Terminando questa disputa avverto che quando dopo cessato il formulare processo cessò lo special comando del pretore co' suoi sostanziali effetti (§ 662, fi.); la fonte del procedimento nell' *u. p.* non fu più quella sua proibizione *vim fieri veto*, colla quale erano vietati i soli fatti ad essa posteriori. Mancò a questo modo la ragione, che, presa dalla proibitoria natura dell' interdetto, impediva che i fatti anteriori giovar potessero alla vittoria; e la *vis* anteriormente fatta principiò ad essere causa di giusta domanda d' indennizzo nell' *u. p.* [1]. Ma ritengo, che tuttora non ci possano giovare per vincere que' fatti precedenti, i quali o tolsero ovvero modificarono costantemente in parte il nostro possesso, od anche formarono un oggetto di possesso nel nostro avversario. Osta sempre su questo punto la natura dell' interdetto *retinendae possessionis*, dalla quale nulla cangiò la nuova forma della procedura. Osta sempre, che il possesso dell'avversario merita difesa quanto il possesso nostro. Conferma nel *§ 4, fi. I. de interd.* « Nam utriusque interdicti (uti possidetis et utrubi) potestas, quantum ad possessionem pertinet, exaequata est; ut ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario *litis contestatae tempore* detinet » (add. § 698, n. 1).

§ 687.

Sull' interdetto *u. p.* ci resta a trattare la questione più agitata delle altre, sulla estensione della forza che ha la clau-

[2] Così l' intendono SAVIGNY *p. 486, n. 1* (che però in un'aggiunta alla sesta edizione *pag. 385, n. 3* piglia il testo nel senso che abbiamo riprovato), e BRUNS *Besitzklag. pag. 80, seg.* — Quanto al passo d' Ulpiano di cui abbiamo discusso add. § 762.

[1] Concordano RUDORFF *Zeitschr. XI, p. 360,* SCHMIDT *pag. 331,* WINDSCHEID *§ 159, n. 3.*

sula « nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero » apposta all'interdetto, *l. 1. pr. u. p.* Egli è certo, che per poter vincere nell'*u. p.* è necessario lo aver posseduto al tempo del reso interdetto; ossia civilmente posseduto, perchè un possesso meramente naturale non produrrebbe questo giuridico effetto secondo le definizioni che abbiamo dato a suo luogo. Non vince chi non ha giammai posseduto, nè chi avendo posseduto una volta aveva a quel tempo cessato di possedere. Ciò è stabilito dalle stesse parole « uti *possidetis*, quominus ita possideatis, vim fieri veto »; onde non può sembrare violenza fatta contro l'editto del pretore, se non che quella usata contro il possesso che si aveva allorquando tal proibizione fu pronunciata. Credo, che insufficente per vincere ci sia pure quel possesso che era stato da noi perduto al suddescritto tempo per mezzo di forza adoperata da colui che ora esperimentiamo avversario nell'interdetto. Qui cade precisamente la gran questione sull'interpretazione della clausula nell'interdetto « nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero ». Savigny *pag. 389, seg.* spinge la duplicità dell'interdetto nostro a tal segno, che possa in esso ottenere vittoria chi non asserisca di aver posseduto al tempo dell'interdetto reso, ma che l'avversario allora possedesse viziosamente *a se*, e vinca realmente se riesca a provar questo. Non già, soggiunge Savigny, che colui il quale mancò di possesso anche in questa maniera, potesse esso stesso agire coll'interdetto. Ma se contro esso coll'interdetto agisca quel vizioso possessore, egli non solo sarà assoluto, ma gli verrà condannato l'attore, e ricupererà il possesso. Così all'interdetto *u. p.* viene assegnata ancora la potenza *recuperandae possessionis.* Negli stessi pensieri sono Seuffert *Prakt. Pandektenrecht § 412, n. 17*, Sintenis *Das prakt. gem. Civilr. § 46, n, 19*, e Maynz *§ 175.* Altri molti dopo Savigny sono arrivati più oltre, sostenendo che chi non possiede possa anche ultroneamente esperimentar l'interdetto, e vincere, se provi che l'avversario possedeva viziosamente *a se.* Dicono, che per finzione di dritto il primo deve riguardo al secondo riguardarsi come presente possessore; in questo senso essere in realtà l'*u. p.* interdetto

recuperandae [1]. In verità, ammesso una volta da Savigny che chi non possedeva al tempo dell'impetrato interdetto, mentre l'avversario possedeva viziosamente *ab eo*, possa vincere in esso interdetto, protratta fino a tal punto la duplicità del medesimo, non v' è ragione di distinguere se quello fosse reo od attore. Tale distinzione è esclusa dalla natura dell'interdetto in quanto esso è realmente *duplex*, poichè « par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue actor vel reus intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur » *Gaj. IV, 160* [2]. Pertanto poniamo da banda

---

[1] Così la pensano VANGEROW *Leitfad. f. Pandektenvorles. § 336*, PUCHTA *Inst. II, § 225*, KELLER *Zeitschr. XI, p. 321, segg.*, ARNDTS *§ 172, n. 2*, BETHMANN *II, p. 375, seg.*, WITTE *pag. 60, seg.*, JHERING *Jahrb. f. Dogm. to. 9. p. 77, segg.*, RANDA *pag. 114*, MACHELARD *pag. 193, segg.*, MOLITOR *pag. 128, 129, 133, seg.*

[2] MAYNZ, seguace come vedemmo di SAVIGNY, ricorre a dire, che pur sempre è vero essere uno che di fatto « met l'action en mouvement », doversi questo considerare come attore. Ora, soggiunge, è più equo e civile soccorrere il reo convenuto fino a condannargli l'attore, di quello che risparmiare l'attore « qui n'a qu'à s'imputer à lui-même d'avoir fait choix d'une action impropre à lui faire atteindre le but qu'il poursuit ». Rispondiamo. Che uno promuova per primo l'*u. p.*, non ha importanza; essendo cosa che nulla influisce sul comando del pretore e su tutto il processo, ne' quali rimane eguale la condizione di ambedue i litiganti. Ma entriamo pure in quella idea arbitraria di separazione delle persone, consideriamone una come attore e l'altra come reo convenuto. Maynz confessa, che l'*u. p.* di sua natura è inidoneo a far vincere chi non possedeva fino a condannargli l'avversario possidente viziosamente *ab eo:* tanto vero, che da ciò fa un rimprovero a quel non possessore se esso prenda l'iniziativa ad agire. Ma ciò posto, come può principiare ad essere idoneo a giovare di tanto il così detto reo convenuto? Imperocchè al maggior favore della causa del reo già abbastanza sarebbe provveduto se, ritenuto il mero valore di eccezione nella clausula *nec vi nec clam etc.*, venisse assoluto in forza del provato vizio dell'attore; senza dargli ancora il beneficio di maggior vittoria, alla quale il giudizio di cui si tratta è inidoneo. Del resto lo stesso Maynz sente con quanta forza osti al suo assunto l'argomento della duplicità, e finisce col limitare l'opinione di Savigny in modo, che anche chi assuma la parte di attore vinca nel caso, che al tempo del promuovere l'interdetto ei si credesse turbato semplicemente, mentre dalla posterior cognizione sia poi apparso che era stato spogliato. Così con un errore d'uno

l'opinione di Savigny, e teniamo conto soltanto dell'opinione che considera del tutto come presente possessore colui, che veramente non possiede, verso chi possiede viziosamente da lui. — Ma un'altra schiera d'autori[3] tiene saldo per converso, che la clausula *nec vi nec clam* etc. ha valore di eccezione soltanto, in maniera che venga nell'*u. p.* assoluto colui, che non possedeva all'epoca dell'interdetto, messo in opposizione con chi possedeva viziosamente *ab eo;* ma non possa da questo ripigliare con quell'interdetto il possesso.

§ 688.

Non pochi degli argomenti arrecati dai difensori della prima e di quelli adoperati dai fautori della seconda sentenza, sono cotanto validi da non potere essere ragionevolmente confutati: lo che fa strada alla media sentenza che in questa controversia noi proporremo. — I fautori dell'opinione, che la clausula *nec vi etc.* abbia soltanto la forza di eccezione e non valga giammai a far rendere il possesso a chi veramente non lo avea quando venne reso l'interdetto, si valgono potentemente di que' testi nei quali l'*u. p.* è detto nettamente interdetto « retinendae possessionis... ad retinendam possessionem » *l. 1, § 1, u. p., § 4, I. de interd., Gaj. IV, 148, Paul. V, 6, 1;* dunque esso interdetto non ha forza di far ricuperare il possesso. Indarno Witte *p. 76* insiste sull'idea, che l'*u. p.* resti sempre *retinendae* in quanto che per mezzo della finzione il toglimento del possesso si riguardi come semplice turbamento nei rapporti fra colui che perde e colui che acquista il possesso. Imperocchè gl'interdetti *retinendae* diconsi tali in vista de' loro effetti reali, siccome pur anco quelli *adipiscendae* e quelli *recuperandae* (cf. § 766). Se il far ricuperare il possesso

---

e' litiganti (ed errore affettato, cf. *l. 3, pr. de jur. et fact. ignor., l. 5, § 1 ., pro suo*) si muterebbe sostanzialmente la forza dell'interdetto: mentre pure la sostanza de' rimedi giuridici non si deve misurare sulle opinioni subiettive ma sulle regole del dritto.

[3] SCHMIDT *pag. 112, segg.*, DERNBURG *Pözl. Vierteljahrs. to. 5, p. 520,* BRINZ *Pand. § 31,* PAGENSTECHER *Die röm. Lehre von Eigenth. III, § 16,* WINDSCHEID *§ 159, n. 10,* e MEISCHEIDER *pag. 86, segg.*

fosse un reale e gravissimo effetto dell'*u. p.*, e di uso egualmente principale a quello della vera ritenzione, non dovrebbe chiamarsi sempre *retinendae possessionis*. È qui da osservare la *l. 1*, *§ 4*, *u. p.*, dove Ulpiano confronta l'*u. p.* all'*unde vi*. Il giureconsulto dice assolutamente che l'*u. p.* si dà « ei qui possidet », che il suo scopo è « ne amittatur possessio », che esso « possessorem tuetur », e che in esso si tratta « ut retinere nobis liceat, quod possidemus »: mentre il contrario è l'*unde vi* che « restituit vi amissam possessionem... oppugnat possessorem... eo pertinet, ut quod non possidemus nobis restituatur ». Male desidererebbe circostanze di fatto contrarie per lo esercizio dell'uno e per quello dell'altro, se in identiche circostanze ambedue gl'interdetti competessero, ossia il discacciato potesse proporre sì l'uno che l'altro contro l'espulsore. Nè ha ragione il Witte sussumendo *pag. 79*, che pur sempre resta fra que' due interdetti la differenza, che l'*u. p.* non comprenda la rifazione de' danni avvenuti dallo spoglio prima del reso interdetto (vedemmo che ciò è vero), mentre l'*unde vi* è più pieno. Poichè questa sarebbe un'altra differenza secondaria, e non quella sostanziale dichiarata da Ulpiano; poste le idee di Witte, la esposizione del giureconsulto rimarrebbe erronea. — Cresce a mio giudizio la forza dell'argomento che stiamo esponendo, se confrontiamo le espressioni dei testi sopra citati, sullo essere l'*u. p.* assolutamente *retinendae possessionis*, con quelle di cui si serve Gajo quanto alle *vindiciae*; la dazione delle quali precedette il nostro interdetto, e con esso si trova in intima unione storica. Gajo *IV*, *6* narra che le *vindiciae* dal pretore erano dette « secundum alterum eorum, idest interim aliquem possessorem constituebat ». Osservò sagacemente, prima della scoperta dei commentari, Gravina nostro *Orig. jur. civ. II*, *71*, e dopo lui affermano sul riferito passo di Gajo Fabricius *Urspr. und Entwickel. der b. p. pag. 23*, *seg.* ed altri, non doversi credere che nella dazione delle *vindiciae* il pretore fosse libero assolutamente; aver dovuto il pretore medesimo darle a chi fosse stato anteriormente il possessore. Perchè dunque Gajo non esprime questo, ma invece dice che le *vindiciae* eran dette

« secundum *alterum* », che il pretore costituiva « *aliquem* possessorem »? Perchè mentre è vero che il pretore dava le *vindiciae* non con libero arbitrio e capricciosamente, ma conosciuta la cosa; conviene aggiungere (e giustamente l'osserva Fabricius), che al pretore poteva talvolta apparire più equo il dar le *vindiciae* al non possessore. Ciò precisamente nelle circostanze, che costui avesse perduto il possesso mentre l'avversario lo avea guadagnato con violenza, o clandestinità, o precario da lui. Allora il pretore diceva le *vindiciae* secondo quello [1]. Or si paragoni il parlare di Gajo coi ripetuti testi riguardanti l'*u. p.* Perchè in questi mai comparisce altrettanta larghezza di parole, e si dice soltanto che il possesso è ritenuto, quantunque anche nell'*u. p.* abbia importanza lo aver l'avversario acquistato viziosamente il possesso? Perchè l'importanza è diversa; nell'*u. p.* questo avvenimento valeva fino ad essere assoluto, ma non a farsi attribuire il possesso, mentre fino a questo valeva nella dazione delle *vindiciae* [2]. — Finalmente a conferma dell'argomento, che esaminiamo in questo paragr., aggiungo un passo di Aggeno Urbico *74*, *29*, *ed. Lachmann* « De loco, si possessio firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peragantur: magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cujus est executio perplexissima ». Raccomanda con insistenza la *possessio firma*, siccome inalterabile requisito.

§ 689.

Alla opinione medesima presta valido appoggio la forma stessa della clausula in questione, che esprime la *exceptio*. Ciò

[1] Non si dica per avventura, che l'espressioni di Gajo si possano intendere nel senso, che se l'anterior possessore, attribuitegli le *vindiciae*, non dasse i *praedes litis et vindiciarum*, le *vindiciae* secondo ogni probabilità fossero trasferite nell'avversario, arg. *Paul. I, 11, 1.* Poichè Gajo dell'imposizione di quella cauzione comincia a parlare dopo aver descritta a quel modo la dazione delle *vindiciae*; ossia dice, che quell'*alter eorum*, quell'*aliquis*, già scelto dal pretore, deve dare i *praedes*.

[2] Sulla ragione di questa maggiore efficacia di detto avvenimento quanto alle *vindiciae* cf. § 698.

risulta dalla forma antica riferita da Festo *v. possessio* (§ 661) « quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis »; ora le parole *quod non*, *quod nec* esprimono precisamente l'eccezione, *l. 1*, *§ 3.*, *l. 7*, *§ 3*, *4*, *quod vi aut clam*, *l. 1*, *§ 6*, *ne quid in flum. publ.*, Cicer. *Ad familiar. VII*, *13.* Vero egli è che in seguito d' un grande e costante uso della clausula, si abbandonò la figura esterna della *exceptio* allorquando le formole inclinavano sempre più alla semplicità dell' espressioni; così che la clausula stessa si trova più semplicemente enunciata presso Ulp. *l. 1*, *pr. u. p.* « uti eas aedes... nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis ». Ma non per questo cessò dal significare una *exceptio*. Così nell' interdetto *de itinere* di una clausula similmente concepita *l. 1*, *pr. de itin. act. priv.* dice Ulpiano stesso *d. l. 1*, *§ 11*, *de itin.*, che è vera eccezione. Così l' eccezione che si dà contro l'interdetto restitutorio in seguito della *o. n. n.*, allo scopo che non venga ridotto in pristino un lavoro fatto dopo che la *nunciatio* era stata rimessa o si trovava in causa di esserlo, viene in realtà chiamata eccezione [1], benchè nella *l. 20*, *pr. de o. n. n.* venga proposta senza l'estrinseca figura di eccezione. Ora la natura delle eccezioni è che valgano a far assolvere il reo convenuto, non già a fargli condannare l' attore; rendono inutile l' azione, fan restare le cose come erano prima di questa, e nulla più. — Finalmente i fautori di questa sentenza allegano giustamente la *l. 17*, *pr. de a. vel a. p.*, della quale parlammo § 29: « Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret: cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat ». Se il dejetto potesse anche esperimentare l' *u. p.* contro il dejiciente, Ulpiano non lo avrebbe certamente omesso. Nè mi sembra esatta la riflessione di Witte *pag. 83*, avere Ulp. enunciato l'*unde vi* che, come poc'anzi

---

[1] *Lex rubria cap. 19*, « quodque quiscumque de ea re decernet, interdicetve sive sponsionem fieri judicarive jubebit judiciumve quod de ea re dabit, is in id decretum, interdictum, sponsionem, judicium exceptionem addito addive jubeto: qua de re operis novi nuntiationem duumvir, quatuorvir praefectusve ejus municipii non remiserit ».

vedevamo, è più ampio. Ciò non salverebbe il giureconsulto dalla taccia di negligenza, mentre in un punto che di tutta l' esattezza abbisognava avrebbe dovuto esprimere ambedue gl' interdetti. Anzi principalmente l' interdetto *retinendae*, che più importanza avea nella sua disputa: quale si era di costruire nel dejetto un qualche impropriamente detto possesso all' effetto di liberarlo dalle cauzioni comprese nell' editto riportato nel *tit. qui satisd. cog.* Al che molto più da vicino sarebbe appartenuta la considerazione che a lui competesse un interdetto *retinendae*, ossia che esso fosse tenuto per possessore anche in maniera d' interdetti.

§ 690.

A questi argomenti, che sono stati allegati dagli scrittori e che ho cercato di vie più confermare, altri ancora credo che se ne possano aggiungere. In primo luogo mi sembra assurda quella finzione escogitata dai difensori della opinione avversa. Certamente gli autori del dritto fingono non raramente lo acquisto o la ritenzione di qualche possesso. Ma ciò vedemmo esser stato fatto da essi per lo più in tempo di maturo sviluppo della giurisprudenza, e collo adoperare considerazioni idonee ad accostare e ridurre in qualche modo la finzione alla verità; principalmente poi aver ciò avuto luogo ne' soli casi di necessità (§ 226, 234, 246, 307). Ma nel caso avremmo una finzione gravissima creata fino dall'epoca dell' introdotta clausula *nec vi etc.*, creata (lo vedremo) senza necessità alcuna, formata senza alcuna specie di verità. E questa sarebbe stata un' imprudente distruzione delle regole. Massimamente se si consideri la natura contradditoria della supposta finzione, la quale varrebbe verso il possessore vizioso, non varrebbe verso gli altri; affermando insieme e negando, contro il costume de' romani, i quali anche allora che invocarono delle finzioni presero decisioni certe e costanti. — Altro argomento nasce dal silenzio sull' effetto di far condannare il possessore vizioso, che continuamente si trova in tutti que' testi nei quali della nostra clausula si parla *ex professo,*

l. 1, § 9, u. p., § 4, 1. de interd., Gaj. IV, 166 a. In essi le viene assegnata la unica efficacia, che possa vincere sol colui che possiede *nec vi nec clam nec precario ab adversario,* che il possessore vizioso *ab adversario* non debba vincere; è questo escluso dalla vittoria, non già ridotto ad essere condannato alla restituzione [1]. Aggiungasi lo stesso silenzio nello applicare che fa Ulp. all'*utrubi* la clausola medesima *l. 1, § 1. utrubi.* Il tacere perpetuo in cosa di tanto rilievo è decisivo. — Anche un altro argomento da *Paul. V, 6, 5.* Il giureconsulto ricerca qual rimedio competa a colui, che fu deietto dalla nave, dal cocchio, da cavallo. Convien ricordare, che l'*utrubi* ha quanto ai mobili simile forza a quella che ha l'*u. p.* per gl'immobili, compresa anche l'efficacia della clausula *nec vi etc.* come poc' anzi vedevamo da Ulp. *l. 1, § 1, utrubi.* Su di che gli scrittori consentono, tanto che la presente quistione ripetono per l'*utrubi.* Paolo dice, che a quel deietto compete una utile azione ad esempio del giudizio *vi bonorum raptorum.* È bensì vero che anche l'*utrubi* si dà a colui il quale, pur non possedendo all'epoca del reso interdetto, avea però posseduto nella maggior parte dell'anno (§ 701). Ma Paolo in quell'opera sua eminentemente elementare passa sotto silenzio questo rimedio, appunto perchè non continuo, potendo ben essere che invece l'espellente avesse per la maggior parte dell'anno posseduto; e si contenta di enunciare quell'azione utile che certamente e costantemente compete. Ma se fosse vera la tesi, che il dejetto di fronte all'espulsore abbia a ritenersi sempre per possessore; nella fattispecie di Paolo il deietto avrebbe sempre posseduto per la maggior parte dell'anno; perchè la maggior parte dell'anno s' intende nell' *utrubi* relativamente all'avversario, così che vinca costantemente chi ha posseduto per qualsiasi tempo dell'anno contro un avversario che per niun tempo sia stato nel possesso *l. 156, de V. S.* (d. § 701). L'*utrubi* sarebbe stato pur esso rimedio certo e

---

[1] Confesso di non saper comprendere come WITTE citar possa a favore della contraria opinione la *d. l. 1, § 9, u. p.*, come anche la *l. 53, de a. vel a. p.* e *Gaj. IV, 151.*

continuo; nè Paolo avrebbe dovuto ometterlo: specialmente se si consideri, che quel passo trovasi sotto il titolo consacrato agl' interdetti, e che poco prima nel *§ 1* il giureconsulto aveva parlato dell' *utrubi*.

§ 691.

Fin qui degli argomenti, i quali valgono per l'opinione che nell' *u. p.* il possessore vizioso *ab adversario* non possa essere a questo condannato per la restituzione. Per l' opinione contraria militano con altrettanto valore i testi seguenti. Ulpiano nella *l. 3, pr. u. p.* parla di due *possessori*: uno per giusta causa, l'altro per violenza o clandestinità; ed applicando all' *u. p.* dice che il primo è nell' interdetto *superior*: a questa espressione non è soddisfatto colla semplice assoluzione del medesimo, mentre significa una piena vittoria. — Ulpiano stesso nella *l. 7, § 5, de comm. divid*. dà l' *u. p.* a colui, del quale il possesso fu da un altro clandestinamente occupato (cf. § 306). — Il medesimo giureconsulto *l. 12, § 1, de a. vel a. p.* dà l'*u. p.* a colui che ha vindicato contro la stessa persona; lo chè sarebbe inesplicabile, se l' *u. p.* non potesse darsi contro chi realmente possiede, mentre la R. V. si dà precisamente contro chi è realmente al possesso.

§ 692.

In tanto cozzare di poderosi argomenti non è meraviglia se gravi scrittori abbiano vacillato or tenendosi alla opinione dell'effetto ricuperatorio, ora a quella del mero effetto conservatore dell' *u. p.* Rudorff tenne la prima nella *Zeitschr. XI, pag. 335*, e la seconda nell'opera *Anm. l. zu Puctha Inst. II § 225.* Bruns si ascrisse a quella nel *Recht des Bes. pag. 56 segg.*, a questa ne' *Iahrb. des gem. Rechts pag. 44 seg.* — Fra tanto variare di dotti mi sia permesso proporre una mia media opinione, la quale, se di troppo non mi lusingo, mentre risponde alla ragion del dritto ed alle massime già stabilite sulla conservazione e perdita de' possessi, pone in armonia

testi e argomenti. Altra risposta deve darsi a mio credere, se si proponga la questione così: Può nell'*u. p.* vincere colui, dal quale era stato prima del reso interdetto preso il possesso viziosamente da un altro? Altra invece e ben diversa risposta convien dare, se la domanda si faccia così: Può la detta vittoria aver luogo per forza diretta della clausola *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero?* Alla prima domanda risponderei distinguendo, alla seconda invece negando assolutamente. — Già dimostrammo largamente § 160, 303, che se alcuno occupa clandestinamente il fondo da altri posseduto senza vizio, esso acquista il possesso ingiusto, ma l'altro conserva il possesso giusto; vedemmo esser questo un caso di due possessori solidali [1]. Osservammo facilmente nel § 161 n. 1, non

[1] Provammo § 161, doversi ritenere altrettanto, se alcuno occupi clandestinamente od anche violentemente non verso un giusto possessore, ma verso un altro possessore clandestino precedente, conoscendo chi sia il possessore giusto; vedemmo essere anche questo un caso di due solidali possessori, uno giusto e l'altro ingiusto. Se alcuno possegga clandestinamente o violentemente verso un precedente possessore clandestino, ecco come si adopreranno gl' interdetti fra esso e il possessore giusto. Se torni il possessore giusto e venga escluso; adoprerà l'*unde vi* (§ 305). Nè gioverà all'avversario l'opporre, che pur esso possedeva, che perciò la sua ripulsa fu piuttosto difesa che assalto, e che esso *vim vi repulit.* Poichè appunto perchè possedeva anche quell'altro, la ripulsa non fu soltanto difesa ma aggressione colla quale costui era del suo possesso privato (cf. § 167). Ora per vincere coll'*unde vi*, interdetto che è concepito semplicemente *Unde vi dejecisti, restituas*, e che difende soltanto il possesso dell' impetrante, basta lo essere stato colla violenza privato d'un proprio possesso sul fondo. Che se il possessore giusto discacci colla violenza l' ingiusto, questo a sua volta adoprerà utilmente l'*unde vi*: senza che gli osti la eccezione del vizio, mentre nella nostra ipotesi il vizio non era *ab adversario* (cf. *Paul. V, 6, 7*). Ad una opposizione che gli venga fatta, pari a quella descritta nel caso trattato di sopra, darà eguale risposta. In somma quanto all'*unde vi* nessuno de' due possessori potrà impunemente privar l'altro del suo possesso. — Ora passiamo nella medesima ipotesi all' *u. p.* Se, impetrato per lo innanzi questo interdetto duplice, il possessore giusto tenti quindi il ritorno e venga respinto; inutilmente proverebbe a proseguire il processo cercando vittoria. Perchè quantunque quella ripulsa lo abbia privato del suo possesso; pure, siccome anche l'altro possedeva al tempo dell' interdetto, per questo la ripulsa fu difesa del possesso proprio, vizioso sì ma considerabile nel caso perchè non vizioso

doversi giudicare a questo modo, se alcuno occupa con violenza usata contro il possessore giusto. Vedemmo altresì § 129 seg., che nel caso del precario dato *ut possideret*, sono due i possessori, il concedente e il precarista; però non esser questi possessi solidali ma basati su diversi rapporti speciali e circoscritti a vicenda (§ 48 n. 3). Pertanto poniamo (ciò che spetta alla presente quistione) che litighino nell' *u. p.* due, dei quali uno possegga viziosamente *ab altero*. Ripeto la domanda: Potrà il possessore vizioso venir condannato all'altro onde gli renda quel possesso che esso ha viziosamente? La risposta è, che, essendo l'*u. p.* interdetto *retinendae*, questa condanna non può aver luogo se non nel caso che quell'altro solidalmente col possessore vizioso avesse il possesso all'epoca dell' impetrato interdetto, possesso di fronte al quale quello vizioso non venga protetto dal pretore. Onde risulta risposta affermativa pel caso che il possessore vizioso possedesse *clam*

---

ab adversario. E per vincere nell' *u. p.* non basta che siamo stati turbati o privati dall'avversario d'un nostro possesso dopo reso l'interdetto; se tale atto dell'avversario apparisca in qualche modo come atto conservatore di un proprio possesso quale lo agente l'aveva al tempo dell'interdetto; ossia se l'atto dell'avversario era in qualche modo esercizio e difesa di possesso proprio che esso aveva quando l' interdetto fu reso. Imperciocchè l'interdetto *u. p.* è concepito duplicemente *Uti possidetis etc.*; e perciò quando fu reso fra due, che avevano ambedue possesso solidale ed egualmente rispettabile a vicenda, esso interdetto è disposto a difendere tutt'è due i possessi; nè potrebbe senza perversione della sua natura essere protratto a condannare l'uno de' due, il cui atto posteriore avesse in qualche modo carattere difensivo del possesso proprio. Che diremo, se nella stessa fattispecie il repellente ingiusto possessore volesse esso stesso produrre il processo e cercar la vittoria, pel motivo che è stato turbato dall'altro col tentato ritorno? Che diremo, se il ritornante discacciò l' ingiusto possessore colla forza, e questo volesse per tal ragione spingere innanzi il processo e vincere? Neppur esso vincerà, benchè veramente turbato o privato del possesso suo considerabile per non essere vizioso *ab adversario;* perchè di nuovo possedeva ancor l'altro, e per costui quel turbamento o espulsione era pure esercizio e difesa del suo possesso; torna che nell' *u. p.* non si può vincere se non quando l'avversario turba o caccia dopo reso l' interdetto senza che con ciò difenda possesso proprio. Insomma nell' *u. p.* « neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego » *l. 3, pr. u. p.*

ab eo; appunto perchè allora esisteva il possesso giusto solidale col clandestino, e vittorioso rispetto a questo. Risulta risposta negativa per il caso che il possessore vizioso avesse acquistato colla forza usata contro il possessore giusto, perchè questo fin d'allora cessò dal possedere. Come pure risulta risposta negativa per il caso che il vizioso possessore avesse acquistato *precario* dal giusto; perchè il loro possesso non fu mai solidale; il possesso del primo, sul quale si disputa se debba essere restituito, colla sua caratteristica direzione non è nè fu giammai presso il secondo (d. § 48 n. 3, d. § 129 seg.). — In questo modo si conserva nell'*u. p.* la natura *retinendae possessionis,* tenuta ferma dai testi senza mistura di forza ricuperatoria; perchè anche allorquando il possessore vizioso può essere condannato, tal condanna non significa se non che prelazione di un altro che già possedeva allo scopo che ormai costui rimanga solo nel possedere, e non attribuzione fatta a quest'altro di un nuovo possesso. Così si spiega perchè Ulp. *l. 17, pr. de a. vel a. p.* dia al deietto il solo interdetto *recuperandae, unde vi.* E per converso s'intendono le *l. 7, § 5, de comm. divid., l. 12, § 1, de a. vel a. p., l. 3, pr. u. p.*, che piena vittoria nell'*u. p.* attribuiscono a colui dal quale l'avversario possiede viziosamente: perchè o espressamente o implicitamente riguardano il caso del clandestino occupatore.

§ 693.

Pertanto nell'*u. p.* vince il possessore giusto ossia non vizioso, tanto se l'interdetto venga promosso dall'occupatore clandestino, quanto se venga promosso da esso giusto possessore. Imperocchè, quantunque presunzione sia che, fatta la occupazione clandestina, l'occupatore sia per rendere quel possesso che esso ha preso all'antico possessore quando costui ritorni (§ 303); pure v'è sempre il pericolo, che egli sia per respingerlo colla forza e così sia per imporre un violento fine al possesso che rimase al medesimo (§ 305, 722 n. 2). Ciò basta al certo affinchè il possessore antico cominci coll'impetrare ragionevolmente dal pretore l'*u. p.* (§ 679). Impetrato

così l'interdetto, potrà anche cominciare a svilupparsi il processo, e potrà l'impetrante ottenervi la vittoria, se dopo la impetrazione suddetta o realmente violenza venga fatta ad esso nel suo ritornare al fondo, o l'occupatore interpellato alla lontana risponda negando, sempre alla lontana, la clandestinità del proprio possesso, ovvero la propria disposizione ad ammettere quell'altro al suo ritornare. Benchè quest'ultimo avvenimento non basti a togliere il possesso all'antico possessore interpellante (§ 722 n. 2); però induce controversia di possesso con ciò stesso, che vi sono negati dall'avversario gli estremi necessarii per la conservazione del possesso antico. Ora vedemmo ripetutamente, che la controversia di possesso suscitata dopo impetrato l'interdetto basta a soddisfare al requisito della *vis* posteriore all'impetrazione dell'*u. p.*, necessario per poter promuovere il processo interdittale e vincere.

§ 694.

Dalle cose dette apparisce, che colui, dal quale un altro ha clandestinamente occcupato il fondo posseduto, può vincere fino a farsi condannar l'avversario, ma non per diretta forza della clausola *nec vi nec clam nec precario alter ab altero*. Questa è una eccezione, e le eccezioni non hanno tanta efficacia. Essa eccezione giova all'effetto che non venga nell'*u. p.* preferito il clandestino occupatore, il quale in verità egualmente e solidalmente possiede, ed affinchè il medesimo venga escluso; qui la sua forza si arresta. Tolto così di mezzo colla detta clausola ed eccezione l'avversario, il possessore giusto ossia non vizioso vince per diretta forza della parola « possidetis » dell'interdetto, perchè egli veramente possedeva al tempo del reso interdetto. La clausola *nec vi* etc. giova a questa vittoria indirettamente, cioè sbarazzando dalla concorrenza dell'avversario pur esso vero possessore, e lasciando così libera l'operazione e l'efficacia del possesso giusto [1]. In questo

[1] Quando all'epoca di Giustiniano si trovò proibito, che alcuno usasse la forza espulsiva anche contro i possessori viziosi *ab eo;* quantunque ciò sia dall'imperatore espresso in occasione dell'*unde vi* nel *§ 6, I. de interd.*,

modo concorda colle nostre vedute la natura della clausola che vedemmo dichiarata come mera eccezione; ed il silenzio degli autori del dritto, i quali esponendo direttamente la clausola stessa giammai dicono che essa abbia propria efficacia di far condannare l'avversario.

§ 695.

Poichè già abbiamo dovuto avvertire, che la presente controversia è comune all'*utrubi* (§ 690), val meglio aggiungere fin da ora, che la risposta alla prima delle due domande proposte nel § 692, esposta nel d. § 692 e seg. quanto all'interdetto *u. p.*, non può valere per l'*utrubi*. Imperocchè il possesso delle cose mobili, le quali vengono nell'*utrubi*, è perduto colla

---

non potè mancare di effetto anche nell'*u. p.* Se accadesse, che dopo impetrato l'interdetto l'antico possessore cacciasse a forza il possessore clandestino *ab eo*, ed allora questo promuovesse il duplice processo dell'*u. p.*, il primo non poteva più vincere facendosi strada alla vittoria coll'eccezione *nisi clam a me.* D'altra parte neppure poteva vincere l'occupatore clandestino ora espulso, perchè sempre è vero che anche nell'epoca giustinianea l'antico possessore avea di fronte alla clandestina occupazione conservato il possesso. Onde siccome possedeva pur questo all'epoca del dato interdetto, la forza fatta in seguito dal medesimo non può non considerarsi ancora come esercizio e difesa di esso possesso; e perciò non può in vista di tal forza vincere l'avversario nell'*u. p.* (§ 692 n. 1). Pertanto in cotesta epoca della legislazione romana questo è un nuovo caso del *neuter vincetur,* aggiunto a quello della *l. 3, pr. u. p.*; ove del pari a tale conchiusione menava il solidale possesso in ambedue i litiganti, combinato col mancare della eccezione *nisi clam* etc. (ibid.) — Certo, se dopo impetrato l'interdetto il possessore antico ritornando al fondo fosse invece stato respinto, esso potrebbe utilmente promuovere il processo e vincere; poichè quantunque l'avversario ancora avesse un possesso, pure il suo prevale in seguito della usata eccezione *nisi clam a me,* la quale in questo caso vale tuttora perchè non adoperata qui dal violento a tutela di forza da se fatta, come nel primo caso. E la eccezione medesima vale altresì pel caso che l'occupatore clandestino senza soffrire vera violenza ma per altri turbamenti o mere controversie di possesso fattegli dal possessore antico, tenti promuovere il processo dell'*u. p.* In somma nella legislazione dell'epoca giustinianea seguono, tranne il su esposto caso di violenza usata dall'eccipiente, a durare tutte le antiche applicazioni dell'eccezione *nisi vi, clam, precario a me.*

altrui clandestina occupazione (§ 302); onde non si può dire che nell'*utrubi* prevalga l'antico possessore per possesso ritenuto in vista dell'altrui occupare meramente clandestino. — Ciò non toglie, che nell'*utrubi* potesse vincere colui, dal quale l'avversario possedesse viziosamente. Anzi vinceva quello, dal quale l'avversario possedesse o *vi* o *clam* o *precario*, se egli avea prima posseduto per la maggior parte dell'anno; e ciò per la generale natura di questo interdetto qual'è all' epoca delle pandette, che cioè vinca in esso chi ha posseduto per la maggior parte dell'anno anteriore, anche se non esso ma l'avversario possedesse al tempo della impetrazione. Vinceva parimenti, anche se in verità aveva prima posseduto per la minor parte dell'anno; e ciò perchè il possesso dell'avversario, benchè durato per la parte maggiore dell'anno, non vale di fronte a lui essendo vizioso *ab eo*. In somma vinceva sempre, purchè avesse ottenuto l' interdetto entro l'anno dalla perdita di possesso. — È chiaro che anche qui la vittoria non veniva giammai dalla forza diretta della clausola *nec vi* etc. La vittoria veniva dal principio, che nell'*utrubi* chi ebbe possesso entro l'anno può vincere (§ 701 seg.) se tal possesso sia durato entro l'anno più lungamente che il possesso dell' avversario, non computato a favore di questo il possesso vizioso *ab eo*. La clausola ha ancor qui un' efficacia mediata [1].

§ 696.

Ci rimane a difendere l'opinione che sopra abbiamo proposta contro varie obiezioni. Vedemmo quali siano gli argomenti delle due avverse sentenze, sostenute dagli scrittori, che alla opinione suddetta non nocciono, ma la confermano. Ma alcuni altri, proposti dai fautori della forza recuperatoria nell' *u. p.*, possono essere opposti anche alla detta opinione nostra. — Dopo Savigny *pag. 340,* tutti coloro che all' *u. p.* danno

[1] Dell'*utrubi* rapporto alle mutazioni subìte nella legislazione giustinianea, cosa debba dirsi nella nostra questione, vedi § 736. Vi si troverà, spero, armonia collo sviluppo che qui le abbiam dato.

l'efficacia *recuperandae possessionis*, ragionano così: Se supponiamo, che il possesso non venisse ricuperato a carico di colui che possiede viziosamente dall'avversario, avverrebbe che il giudice nulla dovrebbe decidere sull'attribuzione del possesso; non potendo assegnarlo nè a colui, *a quo* l'avversario viziosamente possiede, in conseguenza della supposizione, nè all'avversario medesimo per la eccezione di possesso vizioso. Accadrebbe, che sarebbero permesse per lo avvenire le violenze del primo contro il secondo, e verrebbe creato uno stato di cose intollerabile per l'ordine pubblico. Rispondiamo. Non han ragione quando dicono, che, astenendosi il giudice dallo attribuire il possesso, sarebbe con ciò dato permesso, costituito dritto a usar violenze, dovrebbero queste ritenersi per giuridicamente concesse (« erlaubt... rechtlich gestattet... das Recht geben, sichern ecc. »). Poichè l'effetto dello astenersi sarebbe soltanto, che non si accorderebbe riparazione contro la forza; questa risulterebbe tollerata e impunita, non già permessa o autorizzata, che è ben diverso. Non sarebbe giuridica di sua natura la forza usata da colui, *a quo* l'altro viziosamente possiede, ma sarebbe non rispettabile questo possesso: lo che agevolmente si concepisce in cosa di fatto qual'è il possesso, del quale la protezione tutta dipende, siccome ripetutamente abbiam visto, dalla estimazione del pretore. Così di colui, al quale non giova l'interdetto *de via publica reficienda* per avere sotto il pretesto di restauro resa peggiore la via, si dice « impune vim patietur » *l. 1, § 2, de de via publ. et itin. publ. refic.* Così di quello, cui non è utile l'interdetto *de itinere reficiendo* perchè vuol portare i materiali pel restauro per una strada più lunga e più incomoda del necessario e fa peggiore la causa dello andare, è detto « impune ei vis fiet, impune ei vim fieri » *l. 4, § 1, l. 5, § 1, de itin. act. priv.* Così di colui, che non può valersi dell'interdetto *de aqua* per la ragione che vuol prendere acqua maggiore o diversa da quella che prese nell'anno, vien detto « impune ei vis fiet » *l. 1. § 15, de aq. quot. et aest.* Finalmente nella fattispecie della nostra questione qual'era mai lo stato delle cose prima dell'interdetto? Era che » qui a me vi aut clam aut precario possideret, impune a me

dejici potest » *Gaj. IV, 154.* Esercitato inutilmente l'interdetto, resta lo stato medesimo; ecco tutto. Ben a torto replica Witte, che ciò, che non era assurdo prima dell' interdetto, comincia ad esserlo quando in occasione dell' interdetto promosso son presenti tutti i requisiti (« alle Voraussetzungen vorliegen ») per addurre uno stato definitivo, regolare, e giuridicamente difeso. Poichè in primo luogo resta sempre, che nella considerazione dei romani non ebbe peso la ragione dell'ordine pubblico come è usata dai nostri avversari; perchè altrimenti avrebbero proibito quelle vie di fatto anche prima dell' interdetto. In secondo luogo la osservazione di Witte pecca del vizio che gli scolastici chiamavano petizione di principio; mentre stiamo precisamente disputando se siano o no presenti tutti quelli requisiti. Ma v' è di più ancora. V' è caso nel quale tutti debbono consentire, che dopo lo esercizio del nostro interdetto la forza vien fatta impunemente. Poniamo, che io prosegua a possedere giustamente, perciocchè tu sii nel fondo entrato solo clandestinamente; e che tu in seguito venga da Tizio privato del tuo possesso per clandestina od anche per violenta occupazione. Si agiti l' interdetto *u. p.* fra me e Tizio. *Neuter nostrum vincetur, l. 3, pr. u. p.* (§ 692 n. 1); la cosa resta indecisa; fra Tizio e me sarà anche in avvenire usata impunemente la forza. Lasciamo dunque ai romani lo apprezzare, se a' lor tempi il pubblico ordine fosse per questi avvenimenti turbato, e se fosse men male il tollerare qualche violenza anzi che sconvolgere la natura del nostro interdetto [1]. Asteniamoci per lo meno di porre in bocca ad essi degli apprezzamenti che non furono i loro.

---

[1] Tanto più che la *vis armata*, la quale è in verità incompatibile assolutamente coll'ordine pubblico, non era tollerata nè prima che fosse esercitato l' interdetto *u. p.* nè dopo essere stato il medesimo esercitato nel modo descritto (§ 739). Si aggiunga altresì, che è ben facile ad accadere, che il deietto piuttosto che porsi ad infastidire l' invasore, eserciterà l' *unde vi*, del quale vedemmo la utilità descritta da esso WITTE, sicuro ormai per il risultato nell' *u. p.*, che in quest'altro interdetto avrà la vittoria.

§ 697.

Ci troviamo inoltre avverso un altro argomento, che ha il Keller per autore. Se il processo rimanesse indeciso siccome abbiamo esposto, accadrebbe, che la *fructuum licitatio* fatta in principio, e che è diretta per sua natura a dar solo il provvisorio possesso durante la lite dell'*u. p.*, avrebbe invece effetto di creare uno stato durevole per chi in essa fosse rimasto superiore. [1]. Però non è raro nel dritto nostro, che un istituto in alcune accidentali circostanze si allontani dal suo solito carattere, ed ammetta effetti diversi da quelli, pei quali fu primariamente introdotto. Onde la massima, che nelle definizioni non dobbiamo mirare a ciò che accade *secundario* e *per accidens.* Anche le *vindiciae*, mezzo pur questo eminentemente provvisorio (« interim aliquem possessorem constituebat » *Gaj. IV, 16*), potevan talvolta condurre ad una ben permanente posizione per la inevitabile necessità degli eventi; cioè allorquando niuno de' litiganti arrecasse in seguito neppure delle probabilità in sostegno del proprio dritto (§ 665). Che simil cosa per forza di eguale necessità accada quanto alla *fr. licit.*, non deve recarci stupore. Tanto più, che chi vinse nella *fr. licit.* dette almeno coll'offrir maggiormente un certo saggio di confidenza nelle sue ragioni. — E domanderei cosa dir si debba anche dagli avversari, se nel pro-

[1] MACHELARD si fonda sulla *fr. licit.* per formarne un argomento in modo ben diverso. Esso dice, che se colui, dal quale l'altro possiede viziosamente, vinca nella *fr. licit.*, ritenuta l'opinione che l'*u. p.* non possa avere altra forza che *retinendae*, egli dovrebbe esser privato del possesso che in quel modo ottenne, ove in seguito fosse provato non aver esso posseduto precisamente al tempo del reso interdetto. E ciò è da Machelard dichiarato assurdo. Ancor noi siamo pienamente d'avviso, che in quella fattispecie al vincitore nella *fr. licit.* non andrebbe quindi ritolto il possesso ottenuto per mezzo di tal vittoria. Ma secondo noi ciò non avverrebbe dallo essere stato il medesimo privato viziosamente del possesso, e dall'analoga preferenza data ad esso sull'avversario; bensì esclusivamente dal fatto della vittoria nella *fr. licit.*, che poteva con identici effetti ed eguali conseguenze verificarsi parimenti nella persona dell'avversario.

cesso dell'*u. p.* non si recasse affatto prova di possesso nè dall'uno nè dall'altro dei litiganti. Risponde Machelard, che in questo caso la *fr. licit.* avrebbe l'istesso effetto che la vittoria nell'*u. p.* Diamo pure, che questo caso medesimo sia, come aggiunge Machelard, ben poco frequente in pratica. Resta sempre, che la *fr. licit.* può accidentalmente eccedere la sua originaria natura di regolare il possesso durante il processo dell'*u. p.*; l'argomento contrario è anche da questa osservazione abbattuto.

§ 698.

A me sembra, che la *fr. licit.* con questa sua accidentale efficacia lungi dal formare opposizione al mio assunto, formi invece il complemento del sistema che difendo. V'è dell'*u. p.* l'uso, che è il più antico, l'unito alla imminente R. V.; dal quale è pur necessario che risulti a chi spettar debba il possesso, onde, assegnate analogamente le parti di reo convenuto e di attore, si possa procedere nella detta R. V. Ora se l'*u. p.* non ha, come pur io ritengo, forza ricuperatoria, questa risultanza può mancare nelle sentenze dell'*u. p.* medesimo. Quando consti al giudice o ai *recuperatores*, che uno era il possessore non vizioso all'epoca del reso interdetto, e che l'altro non era possessore; la cosa è ben stabilita: nei giudizii delle *sponsiones* e delle *restipulationes* uno dei litiganti vien sempre assoluto, l'altro sempre condannato. In conseguenza, se il secondo avea per avventura vinto nella *fr. licit.*, il primo ripiglia il possesso col giudizio secutorio o cascelliano. Ma nella ipotesi della nostra questione, dove è invece provato che uno non era possessore all'epoca dell'interdetto, e che l'altro lo era ma viziosamente *ab eo*, non c'è modo di attribuire il possesso ad alcuno de' due. Poichè nella *sponsio*, provocata dal non possessore, il possessore vizioso dev'essere assoluto, non potendo concepirsi fatta forza contro la proibizione del pretore a colui che non possedeva. Anzi per necessaria conseguenza di ciò, dev' essere quello condannato a prò di questo, quanto all'analoga *restipulatio*. Ma viceversa nell'altra *sponsio*, provocata dal

possessore vizioso, dev' essere assoluto il non possessore, mentre non s' intende fatta forza contro la proibizione del pretore a chi possedeva viziosamente *ab adversario*. Per conseguenza il possessore vizioso ha da essere condannato verso il non possessore nella rispettiva *restipulatio*. Equilibrate in tal modo le cose, il secutorio giudizio non può svilupparsi: non c'è sentenza la quale decida chi debbasi ritenere per possessore e perciò per reo convenuto nell' imminente R. V., chi per non possessore ed attore. — Cotesto vuoto è riempito dalla *fr. licit.*, ossia dal perseverare delle parti nello stato per mezzo di essa creato; in maniera che colui, il quale avea vinto in quella, faccia da reo convenuto nella R. V., e l'altro, che in quella era rimasto inferiore, vi faccia da attore. Ciò, che al tempo delle *legis actiones* faceva la dazione delle *vindiciae*, ciò, che nel sistema formolario possono fare le ultime sentenze negl' interdetti *u. p.* ed *utrubi*; lo fa in questo caso la *fr. licit.* con efficacia accidentale, è vero, ma non per questo men provvida ed opportuna [1].

---

[1] È molto probabile, che allorquando, caduta la special procedura interdittale, non ebbe più luogo la *fr. licit.*, qualche altro atto fosse introdotto per supplire agli officii della *fr. licit.* medesima: tanto cioè di fare un provvisorio possessore pendente la lite sul possesso, quanto di provvedere anche all'evento che per niuno de' due litiganti potesse giudicarsi sul possesso medesimo. Anche WITTE *pag. 128* (naturalmente, in vista del primo officio) crede non improbabile, che dopo l'età classica fosse sostituito un qualche atto alla *fruct. licit.*; benchè soggiunga, che non ne abbiamo conoscenza. Certo, che il così detto *summarissimum possessorium*, indotto nell'età di mezzo, tien luogo dell'antica *fruct. licit.* nel ricordato suo officio. — Se non forse si voglia credere, che a questo tempo dovesse assolutamente il giudice nel compire la causa del possesso, attribuirlo a qualcuno nella ipotesi di cui ci occupiamo; e così, se avesse trovato uno non possessore, da chi l'altro possedesse viziosamente, dovesse accordarlo al primo. Parziale anomalia, secondo noi, da non aversi a calcolo nella questione che abbiamo sopra agitata intorno al puro concetto della clausula *nec vi* etc. nell'editto del pretore. Poichè apparirebbe in un tempo, nel quale l' intero processo era privo di carattere, e dipendeva dall'arbitrio del giudicante (BETHMANN *III, pag. 348, ff.*) — Però ritengo la prima congettura per più verosimile, perchè Giustiniano nel *§ 4, I. de interd.* parla della clausula *vi clam* etc. in modo analogo a quello degli antichi giureconsulti; cioè solo così, che non vinca chi viziosamente possegga dall'avversario al tempo della contestata lite.

§ 699.

In fine diciamo qualche cosa di un altro argomento, che fu allegato dal Bruns allorquando opinava per la forza ricuperatoria dell'*u. p.*, e che viene rinnuovato da Arndts. Giustiniano *§ 7, I. de interd.* riconosce la duplicità del nostro interdetto. Ma poichè alla sua età la duplicità non più consisteva nella forma esteriore del comando pretorio che più non veniva dato; resta solo per spiegarla che riteniamo potere i litiganti essere condannati a vicenda. Arndts conchiude, che, esclusa quella forza recuperatoria dell'*u. p.*, il *d. § 7*, e la duplicità al tempo di Giustiniano, restano inesplicabili. Rispondiamo, come già Bruns ha risposto poscia a se stesso. Secondo le cose esposte di sopra la condanna sì da una parte che dall'altra può aver luogo anche all'epoca di Giustiniano in tutti quei casi, che abbiamo assegnati di sopra alla reale duplicità del processo dell'*u. p.* [1], anzi in quell'epoca tali casi erano più largamente sviluppati in riguardo di ciò che esponemmo § 686. Di questi dobbiamo essere soddisfatti, siccome n'è spiegato il *d. § 7*; nè dobbiamo cercare altre ingiuste applicazioni. Forse al tempo di Giustiniano potè essere sopraggiunto un caso, nel quale la duplicità dell' interdetto arrivasse a tale da far condannare l' ingiusto possessore a favore di colui che esso aveva prima della promossa lite privato ingiustamente del possesso (paragr. ant. n. 1). Ma ciò non è certo; anzi è più probabile il contrario (ib.). In ogni modo la prima risposta è bastevole. — Diluita ogni obiezione, ci sembra di poter stare tranquilli nella opinione che abbiamo difesa in questa nobile controversia, colla quale chiudiamo il trattato dell'*uti possidetis* [2].

---

[1] Conviene anche Witte *pag. 145.*

[2] Dell' interdetto *de superficiebus*, simile all' *u. p.*, dovemmo trattare nel § 143. Vedi anche § 654, 673. Come il *de superficiebus* possa essere cumulato coll'*u. p.*, abbiamo esposto nel § 676, n. 4.

Utrubi.

§ 700.

L'*u. p.* provvede al possesso dei predii, l'*utrubi* a quello dei mobili. L'editto è così concepito « Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit: quominus is eum ducat, vim fieri veto » Ulp. *l. 1, pr. utrubi, Gaj. IV, 160.* L'uomo, il servo, si esprime come il più importante esempio delle cose mobili; giacchè a tutte queste cose, siccome ricordavamo, l'*utrubi* appartiene, *d. l. 1, § 1, utrubi, § 4, I. de interd., Gai. IV, 149, Paul. V, 6, 1.* Così vediam fatto anche in altre occasioni, cf. *l. 1, pr. de migr., Gai. IV, 16.* — L'*utrubi* ha coll'*u. p.* comune l'indole, l'origine, i varii usi tanto l'originario che i sopraggiunti, nonchè la procedura; per vincere in esso si richieggono quasi gli estremi medesimi, che sono necessari per vincere nell'*u. p.; d. l. 1, § 1, § 4, 7, I. de interd., Gaj. IV. 148, 160.* Per lo chè nelle questioni, che trattammo sull'*u. p.* adoperammo anche i testi ed i passi dei classici relativi all'*utrubi.* Nella stessa occasione notammo all'opportunità qualche cosa speciale dell'*utrubi.* Vedemmo la sua relazione colla legge Cincia § 663. Spiegammo la diversa applicazione che vi riceve la clausula *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario*, diversità dovuta esclusivamente alla natura delle cose mobili indotte in questo interdetto, e alla speciale ispezione che vi si fa del possesso, (§ 695).

§ 701.

Ma qui conviene esporre qualche importante specialità dell'*utrubi* ne' suoi requisiti. In questo interdetto, pur esso *retinendae*, non è soddisfatto al requisito del possesso colla semplice esistenza di questo all'epoca dell'impetrazione. È necessario aver posseduto nella maggior parte dell'anno, computando questo indietro, *d. l. 1, pr., d. § 4, I. de interd., Gaj. IV, 160, Paul. V, 6, 1*; e vedemmo che a questo punto spetta la *l. 11, § 13, de act.*

emti (§ 663). La maggior parte dell'anno si prende non assolutamente, ma relativamente all'avversario; di modo che vinca anche chi ha posseduto p. e. due mesi se l'avversario possedette nell'anno per minor tempo o non mai, *l. 156, de V. S.* — Mentre da questo lato è più dura nell'*utrubi* che nell'*u. p.* la condizione di colui che possedesse all'epoca del reso interdetto; d'altra parte vi è più facile la condizione di colui che a quell'epoca non possedesse. Poichè costui è ammesso all'*utrubi,* purchè nella maggior parte dell'anno immediatamente precedente abbia posseduto. Lo dimostrano i testi sopra citati, che per l'*utrubi* desiderano esclusivamente il possesso per quella maggior parte d'anno. Lo conferma Gajo *IV, 152,* che nel caso, in cui tu abbia posseduto pe' primi cinque mesi dell'anno ed io pe' sette posteriori, pospone te e preferisce me, non tenendo alcun conto del tuo non possedere all'epoca della impetrazione, ma solo della quantità de' mesi per cui è durato il reciproco possedimento. Lo dice espressamente Teófilo *ad d. § 4, I. de interd.* invertendo la succitata fattispecie di Gajo « *ἐνεμήθην ἐγὼ ἑπτα μῆνας, σὺ πέντε τοὺς τελευταίους, ἐγὼ νικήσω* ».

§ 702.

Ma se così può vincere nell'*utrubi* chi non possedeva all'epoca dell'impetrazione, e tale interdetto può avere forza ricuperatoria, perchè mai è detto costantemente *retinendae possessionis, d. § 4, I. de interd., Gaj. IV, 148, Paul. V, 6, 1?* Savigny *pag. 404,* spiegando un' idea già espressa da qualche autore più antico, dice che per mezzo d'una finzione si prende per presente il possesso avuto per la maggior parte dell'anno. Ma perchè mai fu creata questa supposta finzione? Basti il riflettere, che le finzioni non s' inducono senza grave necessità; mentre qui altro non si sarebbe ottenuto che di poter chiamare l'*utrubi* interdetto *retinendae.* Niun male sarebbe stato chiamarlo duplice anche nel senso della *l. 2, § 3, de interd.* — Schmidt *pag. 115, n. 33* crede essere insufficente la indicazione (« ungenügende Bezeichnung ») dei romani quando chiamano *retinendae* il nostro interdetto; avere i medesimi ri-

guardato il caso più frequente; aver omesso l'altro per una certa trascuratezza (« Nachlässigkeit ») di parlare. A mio avviso c'è in queste vedute di Schmidt qualche cosa di vero, come vedremo fra poco; ma dispiace quell'accusa di trascuratezza fatta ai romani giureconsulti, così esatti nel loro linguaggio. — Bethmann *II, p. 372, n. 142*, e Bruns *Besitzkl. p. 169*, pensano, che il tenere al momento del reso interdetto era nelle mobili cose troppo casuale per essere dal pretore considerato. Anche in questi pensieri credo che ci sia del vero: ma proposti così soli lasciano un'altra difficoltà, perchè dunque l'*utrubi* non fu detto piuttosto interdetto *recuperandae?* Anzi il discorso di Bethmann, com'è da lui presentato, parrebbe dover conchiudere che non andava affatto difeso il possesso delle cose mobili. Se pur fu difeso; si dovea tener conto dello stato di fatto anche casuale, onde chiamar l'interdetto nel modo che tale stato importava. — Spiegherei nel modo seguente. In che modo fu introdotto, che nell'*utrubi* vincesse chi non possedette al tempo del reso interdetto, ma avea posseduto nella maggior parte dell'anno anteriore? Primo pensiero nel formare l'*utrubi* fu quello di proteggere l'attuale possessore di cose mobili. Lo prova evidentemente quell'essergli sempre conservata la denominazione *retinendae*. Se non che si volle, che il possesso avuto nel momento della impetrazione non fosse bastevole; ma che l'impetrante per poter vincere dovesse aver posseduto anche per la maggior parte dell'anno. Qui è opportuna una osservazione simile a quella di Bethmann e di Bruns. La ragione di questa ulteriore domanda fu perchè nelle cose mobili, che facilissimamente passano da una in altra mano, il possesso nel momento del reso interdetto sembrò insufficiente per meritare difesa. Stabilito ciò, venne per conseguenza, che venisse protetto anche colui, che non in quel momento possedesse, ma avesse posseduto nella maggior parte dell'anno. Perchè, stabilito che il possesso del momento del reso interdetto non fosse considerabile per la difesa, ma lo divenisse per l'aggiunta del possesso della maggior parte dell'anno, era ben naturale, che dunque questo secondo bastasse da solo, non calcolando affatto il primo che era stato

così dispregiato. Pertanto questa protezione di possesso non attuale, questo uso dell'*utrubi* a favore di chi avesse soltanto posseduto per la maggior parte dell'anno anteriore, è cosa accessoria, introdotta *per indirectum* e *per consequentias*. Ciò spiega tutta la difficoltà. Realmente, e considerato a parte quest'uso dell'*utrubi*, l'interdetto è ricuperatorio: e se ai giureconsulti fosse stata fatta la interrogazione speciale, come dovesse l'interdetto medesimo denominarsi rispetto a tale uso, avrebbero risposto, io credo, essere *recuperandae*. Ma non abbiamo traccia di simile speciale interrogazione; e solo abbiamo memoria della cura de' giureconsulti di categorizzare in genere l'interdetto *utrubi*. Sotto questo punto di vista generale, essi omisero quell'uso accessorio, sopraggiunto per conseguenza e indiretto; non per trascuratezza, ma perchè ciò era razionale e consono al costume degli autori del dritto, i quali nelle definizioni non tengono conto di que' punti che accedono *per consequentias*.

§ 703.

Nel computare la maggior parte dell'anno si tien calcolo anche del possesso dell'autore, al quale altri è succeduto universalmente o particolarmente, purchè ambedue i possessi non siano viziosi, *Gaj. IV*, *151*. Di cotesta *accessio possessionis*, che ha luogo nell'*utrubi*, abbiamo già più volte parlato. Abbiamo dimostrato che ad essa debbono riferirsi le *l. 13*, *§ 5*, *de a. vel a. p.* (§ 561), *d. l. 13*, *§ 7*, (§ 131), *l. 14*, *§ 3*, *de div. temp. praescr.* (§ 119, n. 1). — All'epoca di Giustiniano tutta la differenza fra *u. p.* ed *utrubi*, da noi esposta ne' due precedenti paragr., era cessata; di modo che ormai anche nell'*utrubi* era sufficente ed era necessario il possesso al tempo della lite contestata *§ 4, I. de interd.* Per questa osservazione storica giustamente credono molti scrittori [1] essere stata interpolata dai compilatori la *l. 1, § 1, utrubi* « sed ob-

---

[1] VINNIO *ad d. § 4, I. de interd. num. 4*, VOET *ad h. tit.*, SAVIGNY *pag. 398*, MACHELARD *pag. 226*, BRUNS *Besitzkl. pag. 174*, *176*, *n. 2*, ecc.

tinuit, vim ejus *exaequatam fuisse,* uti possidetis interdicto... ut et is in hoc interdicto vincat qui... *dum super hoc ab adversario inquietatur,* possessionem habet ». Savigny crede, che la mutazione abbia per autore Giustiniano stesso. Meglio, mi sembra, Bruns l'attribuisce ad una pratica anteriore. Ciò apparisce dalle parole del *d. § 4, I. de interd.* « Hodie tamen aliter observatur », dalle corrispondenti della interpolata *d. l. 1, § 1, utrubi* « sed obtinuit etc. », e da quelle di Teofilo ad *d. § 4, I.* « Ἀλλὰ ταῦτα μεν πάντα τὸ παλαιόν· σήμερον δὲ ἑτέρως ταῦτα παραφυλάττεται, οὐδεμιᾶς διαφορᾶς, ἐπὶ τῇ ἐξετάσει τῆς νομῆς, τῶν ἰντερδίκτων φυλαττομένης ». — Se così fosse lasciato in pratica un sensibile vuoto per la ricupera del possesso dei mobili, e se fosse provveduto con altri rimedi da costituzioni orientali, vedi § 736.

De loco publico fruendo.

§ 704.

Agl'interdetti *retinendae possessionis* appartiene anche quello *de loco publico fruendo*; competente a chi *conduxit agrum vectigalem* da un municipio, allo scopo di esser tutelato nell'esercizio del suo dritto *l. 1, pr., § 1, de, loco publ. fr.* [1]. Non spetta al nostro trattato, perchè *rei persecutionem continet* (§ 143).

De glande legenda.

§ 705.

Un altro interdetto *retinendae possessionis* è quello *de glande legenda.* Ulp. nella *l. 1, pr., § 1,* ond'è composto nelle pandette il breve titolo 28, lib. 43, riporta l'editto « Ait Praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio

---

[1] Credo, che si estendesse anche ad altre concessioni fatte sui luoghi pubblici, cf. *l. 13, § 7, vers. Conductori, de injur.*; add. § 172.

quoque die legere, auferre liceat; vim fieri veto. § 1. Glandis nomine omnes fructus continentur ». Che realmente questo sia interdetto *retinendae*, lo abbiamo dimostrato § 215, n. 1. Neppur esso spetta al nostro trattato; poichè, come giustamente osserva Schmidt *pag. 93*, difende un estensivo esercizio del dritto di dominio, il quale perciò entra ne' presupposti onde poter vincere nel medesimo « ex *illius* agro »[1]. Presupposto nell' interdetto, che l'*ager* onde caddero i frutti era in proprietà dell' impetrante, è provato così il dominio sui frutti stessi; è pregiudicata la questione di diritto propriamente detto.

De migrando.

§ 706.

Finalmente agl' interdetti *retinendae possessionis* appartiene il *de migrando*. Credo, che a ragione Schmidt *pag. 93* lo enumeri fra quelli che *proprietatis causam continent*[1]. La posizione, su cui si dà tale interdetto è la seguente. Era stato pattuito fra locatore di una casa ed inquilino, che per sicurezza della mercede fossero obbligate al primo le cose, *introducta, importata* dal secondo nella casa, o che in essa casa *nata factave essent*[2]. È noto, che il proprietario della casa, non soddisfatto del suo avere, può *retinere* simili cose che quindi si trovino nella sua casa; impedendo all' inquilino di asportarle, per mezzo di una *perclusio*, *l. 9, in quib. caus. pign. vel*

---

[1] Concorda Bethmann *II, pag. 353.*

[1] Alle poche parole, che lo Schmidt pronuncia in prova, esso aggiunge l'autorità di Cujacio *parat. ad Cod. tit. de interd.* Ma ivi Cujacio di questo interdetto punto non parla; e nei *parat. ad ff. h. t.* invece esclude che l'interdetto medesimo *proprietatis causam contineat.* Mi pare citazione sbagliata per equivoco.

[2] Tanto spesso si ripetevano queste convenzioni, che (com'è noto) fu ricevuto, che negli *invecta et illata* nella casa affittata si costituisca pegno tacitamente, *ll. 2, segg., in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.*

hyp. tac. contr., l. 1, § 5, vers. Quod si, de migrando. Il pretore volle garantire l'inquilino, il quale avesse già indotte nella casa alcune cose *pignoris nomine*, per l'evento, che il proprietario volesse poscia abusare della ritenzione adoprandola dopo esser stato pagato od altrimenti soddisfatto della mercede, ovvero mentre dipenda da lui che non sia pagato. Propose l'interdetto *de migrando*, col quale comandava « quominus ei, qui eum (hominem, cf. § 700) pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto » *l. 1, pr. de migr.* [3]. — Pertanto è all'impetrante necessario il provare, che « ea merces tibi soluta, eove nomine satisfactum est, aut per te stat quominus solvatur » *d. l. 1, pr.;* casi tutti, nei quali *pignoris inhibetur persecutio*, come dice l'imp. Filippo *l. 19, C. de usur.* Si agita dunque e si decide nel *de migrando* la questione sul dritto di pegno, e non sul mero possesso; è interdetto che non spetta al nostro trattato. Praticamente poi l'inquilino che avrà vinto nel *de migrando* non potrà più essere compulso colla serviana, valendosi contro questa della *exceptio rei judicatae;* e cotesto è il pratico carattere che designa gl'interdetti che *rei persecutionem continent* (§ 599) [4].

---

[3] È facile intendere perchè all'inquilino non competesse l'*utrubi*. In questo interdetto avrebbe sempre vinto esso purchè avesse posseduto le cose per la maggior parte dell'anno. Lo che si sarebbe trovato in contradizione col dritto di ritenzione accordato al proprietario finchè non sia pagato o soddisfatto.

[4] Non nego, che se per converso l'inquilino perda nel *de migrando,* egli possa vincere in seguito compulso colla serviana. Dappoichè se si tratti di cose, indotte *pignoris nomine* da lui nella casa, ma che non possono subire il dritto del pegno p. e. perchè aliene; benchè l'inquilino mostri tale loro qualità e la insussistenza del vero pegno su di esse, pure non può per questo vincere nel *de migrando:* mentre anche sulle cose, che, insofferenti di vero pegno, pur furono *pignoris nomine inducta,* il proprietario ha il su descritto diritto di ritenerle, cf. *l. 1, § 5, vers. Quod si, de migr.* add. § 656. Ma se dopo aver perduto nell'interdetto l'inquilino venga per avventura compulso colla serviana, potrà qui opporre la mancanza del pegno, e vincere. — Ciò nulla detrae alla natura del *de migrando* qual'è da noi difesa. Sempre è vero, che per vincere in esso bisogna provare che l'avversario non può esercitare dritto di pegno; sempre è vero, che può nascere dalla decisione sull'interdetto la piena eccezione *rei judicatae* contro un seguente

Articolo Terzo

Gl'interdetti recuperandae possessionis

§ 707.

Gl'interdetti *recuperandae*, che si riferiscono al solo possesso e ne sono insieme difesa ed effetto, hanno estensione minore di quella dei *retinendae* della stessa natura. Vedemmo § 56, che per invocarli a tale officio convenne fare uno sforzo e dare al possesso una virtù postuma. Stando alla semplice natura del possesso, esso finì quando fu perduto; e se v'è rimedio per riaverlo, questo produce veramente un possesso nuovo. Onde in realtà per quegl'interdetti *recuperandae* si fa un acquisto di possesso, e soltanto col su descritto sforzo si riesce a distinguerli dagli *adipiscendae*. Ora siccome in tutto il dritto è più facile il ritenere ciò che si ha di quello che perseguitare ciò che non si ha; così agevolmente si spiega quella loro minore estensione. Conseguenze di questa massima trovammo § 306, e ne troveremo § 721, 731, 736, 758. Pertanto non ogni qual volta sia perduto un possesso, c'è interdetto per poterlo ricuperare; come meglio apparirà dalle cose che in seguito diremo. — Certo v'è interdetto per ricuperare un possesso che abbiamo per lo innanzi avuto e poscia perdemmo per altrui forza e violenza; questo è l'interdetto *unde vi*.

---

esercizio dell'*actio in rem:* e ciò importa necessariamente, che non può dirsi, che vi si tratti e decida del solo possesso e non del dritto (d. § 599). — Appunto perchè il *de migrando* si dà precisamente quando il su descritto dritto di ritenere competuto una volta cessò per pagamento ecc.; deriva, che competendo esso dritto anche sulle cose non veramente obbligate di pegno ma *pignoris nomine inductae,* e cessando anche su queste allorchè avvenga pagamento ecc., così il *de migrando* possa intentarsi pure su le cose medesime, *d. l. 1, § 5, de migr.* — Essendo chiaro per le predette cose, che il *de migrando* benchè *retinendae possessionis* non può dirsi effetto e difesa del possesso, non nasce veruna difficoltà dal trovare ammessi ad esercitarlo comodatarii, conduttori, depositarii delle cose indotte, quantunque manchino di possesso civile, *l. 2, de migr.*

Unde vi

§ 708.

Due erano all'epoca de' classici giureconsulti gl'interdetti *unde vi*; uno l'interdetto *de vi* semplice; l'altro l'interdetto *de vi armata* pel caso di violenza usata armata mano. Il primo è detto anche da Cicerone *pro Caec. 31, 32*, *de vi quotidiana*[1]; onde i commentatori spesso lo chiamano con questo nome. Dalla iscrizione del tit. 16, lib. 43 delle pand. apparisce che gli autori del dritto chiamavano il primo *de vi* senz'altro, e il secondo *de vi armata*. Parliamo prima del *de vi* semplice; che è certamente regolatore di solo possesso, ed effetto del medesimo nel senso in che possono esserlo gl'interdetti *recuperandae* (§ 707) — La formola dell'interdetto, siccome era nell'editto e veniva pronunciata dal pretore ne' singoli casi, non ci è conservata. La *l. 1, pr. de vi et de vi arm.* non può essere certamente riferita a quella, all'infuori del primo inciso « Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit ». Gli eruditi provano di ricostruirla. Alcuni si adoperano sulla restituzione della formola pronunciata dal pretore ne' singoli casi. Tale è quella proposta da Vangerow *Lehrb. der Pand. III, § 690, n. 1.* « Unde tu, Numeri Negidi, aut familia tua, aut procurator tuus Aulum Agerium, aut familiam, aut procuratorem ejus, in hoc anno, vi dejecisti, qua de re agitur, cum Aulus Agerius possideret quod nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo restituas ». Altri ricompongono la formola generale dell'editto. Rudorff *Edict. perp. § 241* la presenta così « Unde tu, aut familia, aut procurator tuus illum, aut familiam, aut procuratorem illius, in hoc anno, vi dejecisti, cum ille possideret; quod ejus nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo illum, quaeque tunc ibi habuit, restituas ». Questa mi sembra più nitida e più piena

---

[1] È però un modo di parlare dell'oratore, e non una espressione tecnica. Osservazione di Savigny *p. 409*.

(cf. § 729). Solo mi pare che non dovesse esser fatta menzione nè del procuratore dell'espellente nè del procuratore e della famiglia del deietto, per le ragioni che esporrò § 723, 728. Onde resterebbe: *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, cum ille possideret; quod ejus nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo illum, quaeque tunc ibi habuit*[1], *restituas.* Lo che combina ancora colle su riferite prime parole nella *l. 1, pr. de vi.*

§ 709.

Questo interdetto si dà a chi ha per altrui violenza perduto prima dell'impetrazione del medesimo il possesso d'un immobile. Pertanto chi lo esercita deve aver avuto il possesso; e che non basti che fosse possesso meramente naturale, ma sia necessario che fosse civile, lo dimostrammo § 112. Deve inoltre averlo perduto per deiezione violenta. — La *vis*, colla quale la deiezione fu operata, ha da essere una *vis atrox*, *l. 1, § 3, de vi* « Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum ». Onde nel *§ 43, d. leg. 1* « Interdictum hoc... atrocitatem facinoris in se habet ». Qual'è la *vis atrox?* Un testo del titolo *de vi* cioè la *d. l. 1, § 29, vers. Sed Pomponius* si esprime così « vim sine corporali vi locum non habere ». Altri testi nelle pand. e nel cod. sotto i titoli *quod met. causa,* e *de his quae vi metuśve causa*, si occupano ancora della definizione. Imperocchè, richiedendosi anche nell'editto *quod metus causa* la *vis atrox*, *l. 1, l. 3, § 1, quod met. causa;* Ulpiano nella stessa *l. 1* dice « vis enim fiebat mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati », Paolo *l. 2, eod.* si esprime « Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest », Gajo *l. 6, eod.* invoca dei fatti ai quali non può resistere non solo un *vanus homo* ma anche un *homo constantissimus*, e Diocl. Massim. *l. 9, C. de his quae vi* vogliono la prova « non jactationibus

[1] Su questa clausola « quaeque tunc ibi habuit » ved. § 729.

tantum, vel contestationibus, sed atrocitate facti ». Dalla *d. l. 1, § 29, de vi* può definirsi, la *vis atrox* nel senso del nostro interdetto esser quella esercitata contro la persona in modo che le si renda impossibile il proseguire nel possesso. Ma dagli altri testi sogliono bene dedurre gli scrittori, che gli autori del dritto estesero il concetto; a tal che non sia necessario che violenza venga adoperata sulla persona, che nasca conflitto, che sia la persona bistrattata infliggendole percosse o ferite. Basta, che la forza, indirizzata contro la persona, venga spiegata, e la persona stessa la eviti col ritirarsi [1]. Questa opinione è pur confermata dalla *l. 9, pr. quod met. caus.*, dove si riconosce una *vis* idonea all'editto *quod metus causa* « si posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi » (§ 712, segg.). Veramente per intendere la *vis atrox* in questo lato senso non v'era difficoltà nell'*actio quod metus causa*, la quale si dà per sua primigenia natura a correggere tutto ciò che fu operato per timore, *l. 1, quod met. causa*; mentre difficoltà v'era per l'*unde vi*, che nella sua schietta indole è diretto a correggere la *dejectio*, *l. 1, pr. de vi*, ossia la perdita del possesso avvenuta immediatamente per altrui fisica violenza senza intervento di nostra volontà. Ora *coacta voluntas, voluntas est*; nè il fare per timore è eguale allo esser spinto fuori fisicamente. Ma questa difficoltà fu superata, presa la deiezione in senso ampio, men proprio, come più largamente esporremo § 711. Infatti Ulp. sull'autorità di Labeone dice nella *d. l. 1, § 29, de vi* « eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum » (§ 717), e Paolo *V, 6, 4,* « vi dejicitur... qui oppressu multitudinis aut fustium aut telorum aut armorum metu terretur ».

§ 710.

Dalle cose esposte s'intende, che nel nostro interdetto la forza si dice *atrox* nel senso di escludere quella minore, che basta per l'*u. p.*, dove la forza è costituita da ogni operare

[1] SAVIGNY *p. 415.*, RANDA *p. 118.*, BRUNS *Besitzkl. p. 164.*, MACHELARD *p. 238.*

sulla cosa contro la volontà del possessore (§ 673), anzi dal solo muovergli controversia di possesso (§ 671, 672), nonchè quella che basta per l'altro interdetto *quod vi aut clam*, ove è sufficiente l'operare contro opposizione *l. 1*, *§ 5-7*, *quod vi aut clam* [1]. — Aggiungiamo, che la *vis atrox* può aver luogo anche nella lontananza dal fondo, di cui si tratta; come se in sul tornare al fondo da se posseduto altri sia a mezza strada ritenuto colla forza *l. 1*, *§ 24, de vi* o colle minaccie distolto dal ritorno *Paul. V*, *6*, *6*, — Vedremo anche (§ 712, segg.), non esser necessario secondo la giurisprudenza, neppure che la forza si spieghi alla presenza della persona. — Finalmente conviene osservare [2], che il requisito della *vis atrox*, anche preso così estesamente come abbiamo esposto, pure non è inalterabilmente tenuto dalla giurisprudenza. Infatti, occupato clandestinamente il fondo che un assente possedeva *animo*, se questo tornando venga non colla vera forza respinto, ma con chiusura e simili ostacoli semplicemente *non admissus* o *prohibitus ingredi*, perde il possesso ed ha l'*unde vi*, *l. 6*, *§ 1*, *de a. vel a. p.*, *l. 1*, *§ 24, l. 3*, *§ 14*, *de vi*, (§ 305). Così anche si perde il possesso in maniera, che competa l'*unde vi*, se l'assente possedeva per mezzo altrui p. e. d'un colono, e costui non dia luogo, *non tradat possessionem* a chi comprò da quello, *l. 12*, *l. 18*, *pr. de vi* (§ 336). L'irregolarità, che si trovava in siffatte decisioni appunto per la mancanza della *vis atrox*, è espressa dagli stessi giureconsulti colle parole *vi magis intelligi possidere, vi dejectum videri.*

§ 711.

Secondo quel che già accennammo § 709, la forza, che ora abbiamo descritta, onde sia idonea a fondarvi sopra l'*unde vi,* è d'uopo che abbia per iscopo la *dejectio*; ossia deve esistere una violenta deiezione, *l. 1*, *pr. de vi.* L'idea schietta, offerta dalla parola *deiezione*, è, che il possessore sia da altri

---

[1] WINDSCHEID *§ 160, n. 5.*
[2] Cf. BRUNS *Besitzkl. p. 86.*

materialmente gittato via dal fondo. Perciò, che il possessore antico per mezzo di essa si trovi messo fuori del fondo; che la forza sia usata meccanicamente; che siano le vie di fatto adoprate dentro il fondo stesso; e finalmente che la violenza venga usata da presente contro il presente. Però, come indicammo nel d. § 709 in fi., neppur qui la giurisprudenza si tenne a cotesta ristrettezza. Dopo qualche disputa, piacque ad Ulpiano e a Paolo, *dejectum videri* anche colui, che non fosse messo fuori, ma venisse legato e costretto a lavorare nel fondo da lui finora posseduto, *l. 1, § 47, de vi, Paul. V. 6, 6* (§ 44). Nè fu tenuto saldo, che la violenza fosse adoperata meccanicamente. Vedemmo essere stato ammesso, che *dejectus videatur* chi si ritrae avanti alla forza semplicemente spiegata, *l. 1, § 29, vers. Idem Labeo, de vi, Paul. V, 6, 4, in princ.* E cosi pure non fu tenuto fermo, che la violenza dovesse accadere dentro il fondo. Vedemmo già come per le *l. 6, § 1, de a. vel a. p., l. 1, § 24, l. 3, § 14, de vi, dejectus videtur* anche colui, al quale fu il fondo clandestinamente occupato in tempo di assenza, ed ora non può entrare ritornando. E come per *d. l. 1, § 24*, e *Paul. V, 6, 6*, sembri deietto pure chi nel ritornare al fondo fu per la strada ritenuto, o per timore distolto [1].

§ 712.

Ma sopra tutto è rimarchevole, come la *dejectio* fu riconosciuta per avvenimenti occorsi non solo fuori del fondo ma anche fra persone non presenti fra loro. I giureconsulti trattano la seguente questione. Si dice *vi dejectus*, e perciò si dà l'*unde vi,* allorquando, senza forza adoperata contro la persona, senza minaccie ad essa presente, solo per tema di

[1] Naturalmente, deve essere ben constatato, che ciò fu diretto allo scopo di privarlo del possesso. Se alcuno prova soltanto di essere stato violentemente ritenuto per la strada; ciò non basta per l'*unde vi,* potendo essere accaduto all'effetto di derubare, d'insultare ecc. Onde Ulp. *d. l. 1, § 24* soggiunge « et ipse possederit »; lo che è, come vedremo, la prova più chiara e ordinaria, che lo agire era diretto a spogliare il paziente del suo possesso.

forza imminente sì, ma non ancora attuale, il possessore fugga e abbandoni il possesso? Odo, che viene alcuno che vuole cacciarmi con violenza dal fondo; o lo veggo da lungi; fuggo atterrito. — Sembra a prima vista esistere contradizione di testi. Ulp. *l. 9*, *pr. quod met. caus.* sembra dar negativa risposta sull'autorità di Pomponio e di Labeone « Denique tractat (Pomponius), si fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert, Labeonem existimare, edicto locum non esse, et unde vi interdictum cessare: quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi » [1]. Ma invece per la risposta affermativa è scritto il testo di Giuliano *l. 33*, *§ 2*, *de usurp. et usuc.* ove si legge « Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit: quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit; vi dejectus videtur » [2]. Mentre poi Giuliano afferma senza far distinzione se quindi i temuti siano o no entrati nel fondo, anzi esclude espressamente la necessità del requisito del loro entrare; troviamo invece in altri testi fatta distinzione su questa circostanza. Ulpiano, che nella *l. 9, pr. quod met.* accordava con Pomponio, il quale sembrava dare assoluta negativa risposta alla domanda, or pare che dal medesimo si allontani nella *l. 1*, *§ 29*, *de vi* facendo la detta distinzione « Idem Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum [3]. Sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non

---

[1] Il seg. verso *Aliter*, che riconosce *dejectio* per l'editto *quod metus causa*, e perciò anche per l'*unde vi*, offre il caso di forza spiegata avanti alla persona, e così appartiene ad altro ordine d'idee (§ 709).

[2] CICERONE *pro Caec. c. 16* « hoc jam vetus et multis in rebus usitatum, quum ad vim moribus faciendam (cf. § 669) veniretur, si quos armatos quamvis procul conspexissent, ut statim testificati discederent, optime sponsionem facere possent, Ni adversus edictum praetoris vis facta esset ». Ma dalle ultime parole chiaramente risulta, che questo passo non spetta all'*unde vi*, ma all'*u. p.* (§ 663). BRUNS *Das Recht des Bes. pag. 69, num. 2.*

[3] Labeone non è in contradizione con se stesso *d. l. 9, pr. quod met.*; perchè l'inciso fin qui riportato spetta al caso della violenza spiegata alla presenza dell'intimidito (§ 709).

habere. Ego, etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum ». E ripete nella *l. 3*, *§ 7*, *eod.* « Proinde et si cum armatos audisset venire, metu decesserit de possessione: sive verum, sive falsum audisset: dicendum est, non esse eum armis dejectum; nisi possessio ab his fuerit occupata ». Finalmente concorda Paolo *V*, *6*, *4* « Vi dejicitur non tantum, qui oppressu multitudinis aut fustium aut telorum aut armorum metu terretur (fin qui è forza spiegata avanti alla persona, § 709) sed et is, qui violentiae opinione comperta possessione cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit ».

§ 713.

Come saggio della vasta differenza delle opinioni presentate dagli scrittori, esporrò quelle di due recentissimi, Bruns e Machelard. Bruns *Das Recht des Bes. p. 69 seg.* e *Besitzkl. pag. 123 segg.* crede, essere stata varietà fra i giureconsulti. Labeone aver tenuto la più dura (« schroffe ») sentenza; aver negato l'*unde vi*, *l. 9*, *pr. quod met.*; aver soltanto ammesso che la fuga bastasse all'*unde vi* sotto circostanze (« unter Umständen »), ossia allorquando già avanti fossero entrati nel fondo coloro pe' quali si è fuggito; e ciò, espresso su discorso di Labeone in *d. l. 9*, *pr. vers Aliter,* doversi supporre ripetuto nella *l. 1*, *§ 29*, *vers. Idem Labeo, de vi.* Pomponio essere stato della opinione medesima di Labeone; aver tenuto la stessa generica negazione, *d. l. 1*, *§ 29*, *vers. Sed Pomponius, de vi,* ed ammesso la stessa limitata affermazione, *d. l. 9*, *pr. vers. Aliter, quod met.* A Giuliano però esser piaciuta più libera sentenza, ammettendo l'*unde vi* anche senza quel precedente ingresso nel fondo, *l. 33*, *§ 2*, *de usurp. et usuc.* Essere state ricevute le vedute di Giuliano, Ulp. *d. l. 1*, *§ 29*, *l. 3*, *§ 7*, *de vi*, Paol. *V*, *6*, *4*. Finalmente Bruns quell'espressione di *d. l. 33*, *§ 2*, *de usurp. et usuc.* « quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit » intende nel senso, non già che non affatto e in niun tempo alcuno sia entrato, ma che l'ingresso non avesse avuto luogo prima della fuga (« d. h.,

Noch nicht; nicht aber, Ueberhaupt nicht »). Poichè crede che e Giuliano e i giureconsulti che lo seguirono, esigessero che coloro, pe' quali si è presa la fuga, fossero almeno entrati in seguito nel fondo. [1] — Osta, che lo stesso Ulpiano è l'autore della *l. 9, pr. quod met.*, e ci riferisce le sentenze di Labeone e di Pomponio senza punto condannarle; e ciò nel costume dei giureconsulti è approvare. Tanto più, che e in ciò che prima e in ciò che dopo la nostra questione si trova in quel testo Ulpiano porta sentenze di Pomponio, approvate tutte tacitamente: onde apparisce, quanto male ne avrebbe nel bel mezzo riportata una disapprovabile senza rimarcarlo. Nè buona mi sembra l' interpretazione della *l. 33, § 2, de usurp. et usuc.* Se Giuliano avesse voluto significare solamente, che gli uomini armati non erano entrati pria che il possessore fuggisse; l'inciso « quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit » non sarebbe stato da lui posto in fine della relazione della fattispecie intera, ma fra l' inciso « Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit », e l'altro « atque ita profugerit ». Ovvero lo avrebbe espresso « quamvis nemo eorum fundum ingressus *fuisset* ». L' inciso medesimo, situato in fine del racconto, e conservando l' istesso tempo grammaticale, significa, che il fatto in esso segnalato si riferisce anche all'epoca posteriore alla fuga.

§ 714.

Mentre Bruns crede, che Labeone tenesse la più dura sentenza, e che Pomponio pensasse con lui; Machelard *pag. 239 segg.* trova Labeone soverchiamente indulgente nel concedere l'*unde vi* (la doctrine trop indulgente de Labeon »); Pomponio dissenziente da lui, e soverchiamente rigoroso nel negar l' interdetto ove consumata non fosse corporal violenza (« la

---

[1] Solo nell'opera più antica *Das Recht des Bes.* aggiungeva *pag. 70*, che questi giureconsulti si contentavano, che in altra guisa si dimostrasse il oretim essere stato fondato.

doctrine trop rigoureuse de Pomponius »): così intendendo la *l. 1, § 29, vers. Idem Labeo, vers. Sed Pomponius, de vi.* Per questo stesso frammento e per la *l. 3, § 7, eod.* crede che Ulpiano, abbandonati i due eccessi di Labeone e di Pomponio, distinguesse; ed ammettesse l'*unde vi* se dopo la fuga avvenga la occupazione, lo negasse se l'occupazione non succeda. Trova giusta tale distinzione per la ragione, che se niuno occupò quindi il fondo, la fuga apparisce dovuta a mera pusillanimità, e perciò non può dare origine all'*unde vi.* E mentre Bruns dalla *l. 33, § 2, de usurp. et usuc.* deduce, che Giuliano fosse il primo autore di questa distinzione accettata poi da Ulpiano; invece Machelard deduce dallo stesso luogo, che Giuliano stava con Labeone. Di Paolo dice, che egli distingueva con Ulpiano, *sent. V, 6, 4.* Interpretando la *l. 9, pr. quod met.* modifica ciò che prima avea detto sulle opinioni di Labeone e di Pomponio. Asserisce, che Labeone limitò la sua indulgenza, e negò l'*unde vi* se il timore era nato dal solo udire e non dal veder venienti gli armati; lo accordò quando la fuga avvenne all'aspetto di una turba minacciosa, solo non esigendo che essa turba già avesse posto piede nel terreno. del quale il possesso è abbandonato. Che Pomponio concesse l'interdetto, se all'epoca della fuga vi fosse stato un principio di esecuzione par parte degli armati. Finisce coll'osservare che la distinzione d'Ulpiano è la buona; ma che anche senza occupazione posteriore deve darsi l'*unde vi*, e che Ulp. lo avrebbe dato, se fosse in altro modo constatata la esistenza di un serio pericolo, p. e. si provasse che chi incusse il timore lo fece per spogliare del possesso senza desiderio di prenderlo esso stesso, per odio e non per cupidigia. — Osta di nuovo, che Ulpiano *l. 9, pr. quod met.* riferisce Pomponio e Labeone senza condannarli, siccome osservavamo contro Bruns. Nè so intendere in che consistesse la troppa indulgenza di Labeone, e dove si rinvenga la relativa correzione d'Ulpiano. Se è vero, che Labeone non esigeva che già prima della fuga il terreno fosse stato occupato; giammai lo esige anche Ulpiano. Se è vero, che Labeone voleva la realtà del pericolo fino al vedere gli armati; Ulpiano vorrebbe ancor meno, quando si contenta

che « armatos *audisset* venire » *l. 3, § 7, de vi*, nè era, secondo esso Machelard, nella intenzione di questo giureconsulto lo esigere assolutamente l'ingresso posteriore.

§ 715.

A me sembra, che questi scrittori nel fare delle egregie riflessioni razionali non ne abbiamo fatta esatta applicazione ai testi, ne' quali trovano una supposta varietà di opinioni fra' giureconsulti. Credo, che tutto ciò, che dei giureconsulti sappiamo nella presente indagine, sia in armonia costante colla ragione. Certo uno sviluppo storico esiste, ed i più antichi non dissero quanto i più recenti; ma che non dicessero tanto, non significa, che fossero in contrarie vedute. Il possesso nel nostro caso di fuga è certamente perduto, perchè l'atterrito fuggendo non vuol più restare nel fondo; è l'animo che informa così l'atto del dipartirsi; è un caso di possesso perduto *animo et corpore* (§ 288, 290). La nostra questione è, in quanto mai una deiezione, fatta per mezzo di *vis atrox*, sia necessaria onde competa l'*unde vi*. Vedemmo già, che se strettamente parlando la *vis atrox* è quella impiegata sul corpo, pure la giurisprudenza si contentò di quella non esercitata ma spiegata. Vedemmo altresì, che se da una parte *dejectio* propriamente è quella che si fa sul posto onde si discaccia un possessore antico, pure non fu dalla giurisprudenza presa così angustamente, e venne ravvisata anche in atti compiuti fuori del posto medesimo. Quindi è logico il riconoscere la *vis atrox* e la *dejectio* anche nel nostro caso di fuga: purchè, naturalmente, il timore non stasse nell'alterata fantasia e nella pusillanimità del fuggente, ma stasse in una realtà minacciosa, anzi prossimamente minacciosa; cioè purchè fosse vero, che il futuro espulsore realmente o si avviasse già, o almeno fosse già disposto e in sull'avviarsi verso il fondo nella determinazione di scacciarne il possessore. Altra paura non è causa nè dell'azione *metus* nè del nostro *unde vi;* Ulp. *l. 9, pr. quod met.* « Metum autem praesentem accipere debemus, non suspi-

cionem inferendi ejus: et ita Pomponius lib. XXVIII scribit: ait enim, metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo ». Onde quel che sopra (§ 712) riferimmo di questo testo, soggiunto contestualmente a tale massima, è da prendere nel senso medesimo. « Denique (è questo avverbio adoperato spesso dai giureconsulti nel dare esempio definitivo ad un preposto principio, § 121) tractat, si fundum meum etc. » Parlano Labeone e Pomponio di caso, in cui non « illatus est timor ab aliquo », di voci vane pervenute all'orecchio del possessore, che pusillanime si diè immediatamente alla fuga. Che poi la ragione venisse da Labeone data così « quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi », non significa punto, che Labeone negasse realmente possibilità di *unde vi* senza deiezione nel senso proprio e stretto, e che Pomponio lo citasse in questo senso. Labeone parlava rispetto al suo caso; e negava che in esso potesse scorgersi alcuna deiezione, laddove io, mosso da un panico irragionevole, fuggii senza por tempo in mezzo, cosicchè solo ad esso e alla precipitosa mia fuga attribuir dovessi lo aver perduto il possesso. E se poscia nel *vers. Aliter* Pomponio ammette l'editto *quod metus causa* e perciò anche l'*unde vi* nel caso che « posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi », non lo fa ad esclusione di qualunque altra ipotesi di fuga e precisamente di quella occasionata da prossimo timore per gente che si avvii per discacciare. Credo che Labeone, e Pomponio che lo riporta, non si occupassero del caso del prossimo giusto timore, nato dall'altrui avviarsi, od esser disposto per avviarsi ad operare la espulsione violenta. Ulpiano riferisce a sua volta le loro sentenze, ed implicitamente approva a ragione la insufficienza del timore vano. Infatti tale avviso d'Ulpiano trovasi in proposito espresso nella *l. 3, § 6, de vi,* sempre in piena armonia con Labeone e con Pomponio « Si quis autem visis armatis, qui alibi tendebant, metu hoc deterritus profugerit: non videtur dejectus: quia non hoc animo fuerunt, qui armati erant; sed alio tendebant ». Un timore non « illatus ab aliquo » è sempre escluso dal poter generare l'*unde vi.*

§ 716.

Nè si deve credere, che altrimenti pensasse Giuliano quando nella *l. 33, § 2, de usurp. et usuc.* dà l'*unde vi* per la fuga sulla sola circostanza che « dominus fundi homines armatos venientes existimaverit ». Non è del tutto improbabile quel che pensò Cujacio seguito da Savigny *pag. 325 n. 1*, che cioè debba leggersi piuttosto « extimuerit ». Ma mi ritrae l'abitudine antica di non accettare correzioni ai testi senza necessità vera; tanto più, che tutti i codici hanno « existimaverit » ed « Εἰ νομίσας » hanno i basilici *L. 3, 22, Heimb. V, 60.* Credo, che si possa conservare incolume il testo, rivolgendo la interpretazione alla parola « venientes ». Il *venire* può dirsi in diversi significati. Venire *nel fondo*; e si dice di chi si accosta ad un sito per rimanervi: senso stretto. Venire *al fondo*, e si dice di chi si accosta ad un sito per operarvi qualche cosa anche senza rimanere quindi in esso: senso largo. Venire *verso il fondo*; e si dice di chi si accosta, ma trovasi ancora in tale posizione topografica da esser possibile, tanto che la sua final direzione sia esso fondo, quanto che deviando poscia in un certo punto vada finalmente altrove: senso più largo. Il venire nel primo significato basta certamente esso solo, quando sia provato, per l'*unde vi;* ma non è necessario. Basta, se sia provato, il solo venire nel significato secondo. Se altri venga coll'animo non di prendere per se il possesso, ma soltanto di scacciare il possessore antico, spinto da odio e non da cupidigia, la presa fuga è sufficente per l'*unde vi* (come più largamente esporremo in seguito); perchè non è vano, ma giusto e prossimo il timore. Nel terzo significato il venire, seppur provato, non basta isolato, e senza la prova di altri fatti consecutivi, perchè il timore rimarrebbe non giustificato. Giuliano parla dell'opinione del padrone del fondo sul venire d'uomini armati nel senso primo stretto. Vale a dire deve, secondo me, intendersi di chi opinò, che gli armati volessero venire essi dentro il fondo per possederlo, mentre in verità venivano soltanto per discacciarlo, venivano nel secondo senso. Così si

spiega perchè Giuliano ammetta l'*unde vi*, non ostante l'errore: ed inoltre il passo che esaminiamo si pone in armonia col resto della esposizione del fatto, che trovasi nel frammento medesimo; come parimenti esporremo più sotto.

§ 717.

Ma il più chiaro e ordinario argomento per dimostrare che il temere non fu vano, e che in verità gli uomini si erano avviati per discacciare, consiste nel posteriore avvenimento, nell'occupazione dopo la fuga. Ecco perchè tale avvenimento è per solito esposto come condizione. Così Paolo *V*, *6*, *4* « si tamen adversarius eam ingressus sit ». — Concorda Ulp. nella *l. 1*, *§ 29*, *de vi*, che qui dobbiamo spiegare con giusta larghezza. Ulpiano comincia colla sentenza di Labeone « Idem Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum ». Da queste espressioni non deve conchiudersi, che Labeone fosse eccessivamente largo nell'accordare l'*unde vi;* mentre anzi esso stesso nella *l. 9*, *pr. quod met.* lo negava, siccome vedemmo, a chi fuggisse per vano timore. La sentenza di Labeone è quella stessa, che figura in *d. l. 9*, *pr. vers. Aliter;* cioè che se entrati alcuni nel fondo non arrecarono violenza alla persona del possessore ma spiegarono la forza avanti a lui, a tal che costui atterrito fuggì, competesse l'*unde vi*. Labeone (ripeto ciò che dissi sopra) non trattò mai, per quanto noi ne sappiamo, il caso di fuga al vero accostarsi di armati o al vero disporsi di armati ad accostarsi al fondo. Riportata tale sentenza di Labeone, Ulpiano seguita affacciando una ragione di dubitare da una sentenza di Pomponio, vale a dire che *vis* (*atrox*) fosse solo la *vis personalis*, la violenza recata davvero alla persona (§ 709). E poi pigliando a parlare della sentenza propria significa chiaramente quale sia a tale dubbio la giusta risposta. Cioè, che quantunque la definizione che dà Pomponio alla *vix atrox* strettamente presa, sia giusta; ciò non toglie, che, con una certa larghezza, s' intenda *vis atrox* anche quella, che è diretta bensì alla persona, ma viene semplicemente spiegata. Tanto vero, che esso è convinto, doversi dire

vi dejectus, oltre quello di cui parlava Labeone, anche colui che fuggì prima che gli altri fossero entrati, purchè realmente venissero; lo che è provato ordinariamente col loro ingresso posteriore alla fuga. Insomma la forza deve esser sempre diretta contro la persona; ma basta quella soltanto spiegata, ed anche spiegata da lungi « Ego, etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem; videri vi dejectum » [1].

§ 718.

Finalmente la stessa circostanza dell'ingresso posteriore, come condizione dell'*unde vi* nel senso da noi esposto, è espressa da Ulpiano nella *l. 3*, *§ 7*, *de vi*, di cui riportammo le parole § 712. Le difficoltà, che fa questo testo, nascono principalmente dall'inciso « sive verum, sive falsum audisset ». Sembra, che secondo Ulp. dipenda tutto dall'ingresso posteriore. Pare, che senza questo non basti che il venire degli armati fosse vero e provato; dunque sembra che Ulpiano lo richieda in senso diverso da quello esposto da noi. Pare che basti esso ingresso posteriore alla fuga, benchè fosse falso che gli armati al tempo di essa fuga venissero; ed in ciò Ulp. ha sembiante di contradire alla sua teoria, che *dejectio* non possa

---

[1] Così spiego quell' « Ego », che ci è presentato da accreditati codici e principalmente dal fiorentino: e non leggo « Ergo » con qualche manoscritto e coi basilici *L. 17, 45, Heimb. V, 578.* Benchè questa seconda lezione piaccia a Savigny *p. 326 n. 1,* a Bruns *Besitzkl. p. 124,* ed a Mommsen nella sua edizione delle pandette. Però anche leggendo « Ergo » lo sviluppo del frammento può restare ottimamente tale quale lo abbiamo descritto: mentre da quella parola in poi Ulp. proporrebbe la sua aggiunta alla sentenza di Labeone, che è conferma di essa, ed eselusione della ragion di dubitare immediatamente precedente. — Si noti come la sentenza di Ulp. viene riportata ne'basilici *loc. cit.* « οὐκ οὐν καὶ οὑτος ὁ φυγών, ἐὰν μετὰ τὴν φυγὴν αὐτοῦ ἐπελθόντες βίᾳ τῆς νομῆς ἐπτλάβοντο, τότε δοκεῖ βίᾳ ἐκβεβλῆσθαι τῆς νομῆς ». Conviene a capello colla nostra esposizione: vi è messa in rilievo la circostanza che l'ingresso degli occupatori non precedesse la fuga, nel che appunto stava la differenza dalla sentenza di Labeone.

dirsi, nè darsi *unde vi*, se fuga avvenne per inane timore. Giacchè il vano timore non cessa di esser tale, se, accaduta la fuga, alcuno, che allora non veniva in verità, entri profittando della vacanza. — La prima difficoltà si scioglie prendendo il *venire* di questo testo nel terzo de' significati esposti § 716; che cioè fosse al possessore riferito come armati venissero alla volta del fondo, ma senza che si conoscesse la loro vera destinazione. Interpretazione confermata dall'unione (« Proinde ») del nostro § 7 col precedente, ove appunto si trattava di armati che « alio tendebant ». Questo avvicinarsi non sarebbe bastato solo, benchè provato, a giustificare la fuga; ma basta, se si provino fatti consecutivi, onde risulti che veramente gli armati tendevano al fondo: cosicchè il timore ed il fuggire restino giustificati. — La seconda difficoltà si elimina ben intendendo il « falsum » di Ulpiano. Non falso, che all'epoca della fuga già esistesse l'atteggiamento minaccioso, che allora la difficoltà sarebbe insuperabile. Ma falso, che veramente gli armati si accostassero pur verso il fondo (« armatos venire »); mentre però in verità erano già disposti, e in sull'accostarsi. Dal qual fatto prese origine la susseguita esecuzione, in specie la occupazione; onde resta parimenti dimostrato, che e le riferite voci, benchè un poco esagerate, e la tema che ne nacque, non erano punto infondate.

§ 719.

Però secondo le cose dette la occupazione susseguente alla fuga non è poi esclusivamente necessaria: lo ha accennato, come vedemmo, Bruns, lo ha esposto Machelard [1]. Se lo agire di alcuno mosse da odio e non da cupidigia, si diresse ad espellere ma non a pigliare il possesso; può essere benissimo, che giusto e presente timore ne derivasse nell'antico possessore, senza che la occupazione sia seguita, ma, ottenuto l'intento e visto lo abbandono, colui siasi ritirato. Purchè si provi in qualche modo, che realmente persone venivano,

[1] Concordano anche altri; come WINDSCHEID *§ 160 n. 6.*

od erano in sul venire al fondo; ciò basta perchè giusta si dica la fuga, *dejectio videatur*, e competa il nostro interdetto. Ecco spiegata la *d. l. 33, § 2, de usurp. et usuc.* laddove Giuliano dice « quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi dejectus videtur ». Giuliano non tiene conto di questo entrare nel fondo, supposto che sia provato in altro modo che armati venivano al fondo: come neppure tiene conto dell'errore del fuggente, che gli armati volessero venire ad occupare il fondo medesimo, mentre in verità costoro intendevano solamente di cacciar lui e non restarvi essi (§ 716).

§ 720.

Abbiamo fin qui veduto slargare il concetto della *dejectio*. Ma se questa fu riconosciuta anche a carico di chi abbandona per solo timore giusto; non si arrivò fino a riconoscerla quando fra il timore e la perdita del possesso intercedette fra l' intimidito e l' intimidente un atto avente natura convenzionale. Troppo netta e spiccata si fissava in tale atto la forza del principio *coacta voluntas, voluntas est*, per poter scorgervi anche impropriamente la causa della perdita del possesso nella fisica, meccanica violenza. Non v' è *dejectio*, non è luogo all'*unde vi*. Quindi la nota decisione di Ulp. *l. 5, de vi* « Si rerum tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius, unde vi interdictum cessare: quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem inducere ». A chi avesse consegnato la cosa, costretto dalla minacciata violenza, dal timore, resta solo l' azione *quod metus causa, l. 9, pr. vers. Sed et si, quod met. causa* — Da ciò, che qui e nel § 709 abbiam detto, s'intende non essere esatto quel che scrive Bruns *Das Recht des Bes. pag. 70, seg.*, che se l'avversario minaccia il possessore non di real deiezione ma d' irrogazione d' altri mali ove non gli lasci il possesso, e costui senza far vera tradizione del possesso lo abbandoni semplicemente per paura; non sia deiezione, ma costringimento insufficente per l' *unde vi*, bastevole soltanto per l' azione *quod metus causa*. Se l' avversario spieghi la forza, e mostri di volerla adoperare non

per espellere di sua mano, ma per battere e maltrattare il possessore ov' esso non lasci da se il possesso; al ritirarsi di questo senza far consegna, mi pare che nulla manchi per la deiezione nel senso della parola che abbiamo sopra descritto. Ricevuto una volta, che anche l' abbandono per timore, senza la cacciata per meccanica violenza, bastasse alla *dejectio*, e questa non si riconoscesse solo dove fra timore e perdita esistesse un atto convenzionale: non saprei vedere qual differenza esista fra possesso lasciato per timore della violenza che spinga direttamente fuori, e l'abbandono per timore della violenza che batta od uccida sul posto chi osi rimanere.

§ 721.

Non è *dejectio*, non si da l' *unde vi*, allorquando dopo esser stato occupato clandestinamente il fondo posseduto *animo* da un assente, questo, risaputa la cosa deponga l' animo di ritornare; che è modo di perdere il possesso (§ 304). Diversamente che nell' altra perdita, la quale avviene per la non ammissione del ritornante; di cui parlammo § 710. D' altra opinione è Savigny *pag. 418*, il quale anche in quel caso darebbe l' *unde vi* ragionando così: L' *unde vi* compete non solamente se il possessore venga espulso direttamente, ma anche se sia impedito, non ammesso, nel ritornare: compete inoltre anche se senza uso di personale violenza, avvenne abbandono per timore d'imminente pericolo: unite queste due regole, convien conchiudere che l'*unde vi* debba darsi anche a colui che depose l' animo di tornare. Se non chè in primo luogo se è vero, come abbiamo largamente dimostrato § 160, che il clandestino occupatore appena entrò nel fondo acquistò un analogo possesso; come mai adesso, d' improvviso e senza alcun nuovo suo fatto, per sola destinazione d'animo dell'assente, quel possesso si cangerà di clandestino in violento? Nè vale l' argomentare di Savigny. Nella prima delle due regole da esso ricordate si dà l' *unde vi*; perchè, quantunque l'antico possessore non sia strettamente parlando *dejectus*, pure una via di fatto fu pure usata a scapito di esso ritornante. Si dà

l' *unde vi* nella seconda senza vera dejezione, ma esistenti (lo vedevamo poc' anzi) degli atti per parte altrui, idonei di lor natura a far nascere nell' animo del fuggente prossimo il sospetto e la previsione di futura deiezione violenta. Nel caso, di cui disputiamo, non vi sono vie di fatto relative al ritorno; nè supponiamo esistere per parte dell' occupatore clandestino atti nuovi onde si prevegga la deiezione. Resta la sola occupazione clandestina antecedentemente compita, la quale anzi per sua natura importa la presunzione contraria, e rende non prossimo il pericolo del ritorno. — Ammetterei nella presente ipotesi l'*unde vi* solo se il clandestino occupatore siasi disposto in guisa da far nascere nell'antico possessore il prossimo timore e sospetto che ei lo respingerà ritornante; p. e. abbia apparecchiato armi ed armati. Qui mi parrebbe che potesse giustamente argomentarsi dicendo, che se è stato dato l'*unde vi* pe' fatti altrui, per i quali fuggimmo dal fondo, non v' è motivo per dire altrimenti riguardo a que' simili fatti altrui che ci decisero a non ritornare nel fondo (cf. § 303, n. 1). — Ricordo ancora che a maggior ragione si darebbe l'*unde vi* perchè esisterebbe *vis atrox*, se il giusto possessore fosse nella via atterrito onde non acceda al fondo; e Paolo *V*, *6*, *6* ravvisa in tale fatto la deiezione senza distinguere se chi atterrisce avesse o no occupato per lo innanzi il fondo clandestinamente. Come pure, e più chiaramente ancora, se il ritornante fosse stato nella via fisicamente arrestato, *l. 1*, *§ 24*, *de vi*. — Fuori di questi speciali avvenimenti, pel caso che l' assente perda il possesso per aver deposto l'animo di tornare, non c' è *unde vi*, e nell'epoca classica v'era la sola R. V. Non si sentì, forse per la infrequenza, necessità d' interdetto: specialmente in vista della minore facilità con cui si fa luogo agl' interdetti *recuperandae* (§ 707).

§ 722.

Ma la necessità dell' interdetto fu sentita all' epoca di Giustiniano che provvide colla *l. 11*, *C. unde vi*. Dice l' Imperatore, che se alcuno detenne senza giudiziale sentenza il

vacuo possesso d'un' assente le antiche leggi non davano interdetto, nè azione, all' infuori (s' intende facilmente) della R. V. pel padrone. Ma che esso lo riguarda come predone, e concede interdetto contro il medesimo all' effetto che restituisca il possesso, come i predoni doveano restituirlo secondo il dritto antico. Soggiunge, non doverglisi dare ascolto, se dica di aver l' altrui cosa occupato per ignoranza credendola propria. — Cujacio *IX, 1161, seg.*, Savigny *pag. 459.*, Machelard *pag. 301, seg.* intendono tale costituzione del caso di possesso già perduto indipendentemente dalla successiva occupazione; vale a dire perduto per quella volontà di abbandono, che il dritto nostro presume in chi rimane lungamente assente e non curante (§ 284). Ben a ragione si oppone Jhering *pag. 92, seg.* Non avrebbe Giustiniano protetto un possesso perduto per iniziativa del possessore: molto meno avrebbe dato a chi era stato possessore un interdetto *recuperandae*, mentre tale interdetto non si dà senza la esistenza d' un altrui fatto che abbia privato (§ 723). Se vera fosse quella specie, inettamente l' occupante sarebbe ricorso per difendersi al pretesto mendicato della ignoranza; quando aperta difesa avrebbe trovato nel fatto che la cosa all' epoca della propria occupazione non era in possesso di alcuno. Anzi è d' avvertire, che le costituzioni aveano permesso la coltivazione de' fondi derelitti, e dopo due anni ne avevano attribuito la proprietà al coltivatore *l. 8, C. de omni agro deserto*[1]. Contradizione sarebbe stata il riguardarlo come un predone — Il nostro testo è bene interpretato da Jhering *loc. cit.* precisamente pel caso di possesso che era dall' antico possessore ritenuto tuttora, perchè non tale era la sua assenza e negligenza da arguire alla volontà di non più possedere, e dedurre la perdita del possesso. Era il fondo d' un assente privo di

---

[1] Al tempo della repubblica l' abbandono della coltura era contro i proprietari punito dai censori, GELL. *IV, 12.* Vespasiano avea costituito cose simili a quelle della *d. l. 8, C. de omni agr. des.* pel caso di aree destinate ad edificare; che cioè, cessando i possessori, fosse a ciascuno lecito occupare e fabbricare, SVET. *Vespasian. 8.*

custodia d'suoi servi o procuratori o simili, posseduto dal medesimo assente *nudo animo*. Ed in questo senso Giustiniano chiama questo possesso vacuo: non nel senso che possessore non esistesse, come pur rilevasi dalla sua stessa espressione « vacuam possessionem *absentium* ». Un altro entrò clandestinamente nel fondo; per lo chè esso acquistò possesso, nè l'assente perdette il suo (§ 160, 303). L'assente ebbe in seguito notizia dell'avvenuto, ed atterrito decise di non tornare. Le quali circostanze sono suggerite chiaramente dalla stessa costituzione: imperocchè se l'assente ignorò l'accaduto, o sapendolo proseguì nell'animo di tornare, anche tornato fu ammesso, egli conserva il possesso, e non ha bisogno, anzi non può avere un rimedio ricuperatorio; se poi riseppe, tentò il ritorno, e fu respinto, ha già l'*unde vi* (§ 710) e non è nella necessità di nuovo soccorso segnalata da Giustiniano. In questa ipotesi così descritta l'imperatore osserva che il dritto antico non aveva provveduto. Esso dà un rimedio a ricuperare il possesso. Questo però non è l'*unde vi* perchè la natura di questo interdetto ripugna affatto, siccome provammo a cotesta applicazione; nè Giustiniano dà al suo rimedio tal nome. È un nuovo rimedio *recuperandae possessionis*. Tanto vero che l'imperatore dà per esercitarlo il tempo di trenta anni, mentre l'*unde vi* compete per un solo anno. Non fa ostacolo, che il testo si trovi sotto il titolo *Unde vi*; appunto perchè è rimedio della medesima indole recuperatoria; e così poteva esser trattato coll'*unde vi* tanto più che corrispondeva all'*unde vi* concesso nell'altro caso di perdita per non ammissione del ritornante (§ 710), trattato accanto al caso nostro (cf. § 305). Ond'è che Giustiniano dice « generali jurisdictione ea teneri (sancimus), quae pro restituenda possessione contra hujusmodi personas (praedones) veteribus declarata sunt legibus »; parole che sono soddisfatte coll'affinità e simiglianza dei rimedi e colla eguaglianza dello scopo ricuperatorio ne' medesimi, nè esigono l'assoluta identità [1].

---

[1] BRUNS *Besitzkl. p. 120, segg.* crede che la *l. 11, C. unde vi* non appartenga al caso del possesso ritenuto dall'assente da per se (« ummit-

§ 723.

Procediamo nello sviluppo dei requisiti dell'*unde vi*. È da tener fermo, che anche la *dejectio* di una persona non fa nascere l'*unde vi*, se indi non avvenne perdita di possesso; lo

---

telbar » dice esso) *nudo animo*, e della deposta volontà di tornare: ma che spetti al caso del possesso da noi ritenuto per mezzo di altrui ministero (« mittelbar »), quando il nostro rappresentante abbandoni il fondo ed un altra persona l'occupi (cf. § 323, segg.). La ragione per dedurre la *d. l. 11* da quel primo caso è secondo Bruns nell' espressione del testo « vacuam possessionem absentium »; ora *vacua possessio* si dice quella, che è aperta e libera per un nuovo possessore perchè il possessore attuale la ceda o perchè la cosa d'ogni possessore sia priva. Non dunque vacuo può dirsi il possesso, che ha un possessore assente, allorquando viene da un altro occupato, nè quello cessa per tale sola occupazione. Mentre per converso quella espressione conviene al caso in cui il nostro rappresentante nel possesso abbandoni la cosa ed un altro la occupi: poichè cessa allora il nostro possesso, e così il possesso è vacuo. Aggiunge Bruns, che colui il quale possiede da per se la cosa occupata da un altro in sua assenza, ha facilità di procacciarsi l'interdetto *unde vi*. Non è necessario per questo scopo che egli tenti una violenta espulsione, e che venga dall'occupatore respinto; lo che troppo duro e pericoloso sarebbe: ma basta, che egli inviti da se, o per mezzo di altri, l'occupante a fare restituzione, e che costui non lo ammetta. Che se egli neppur questa cosa esperimenti e rinunzi al possesso, finisce bensì di possedere pel capo dell'animo, e neghittoso com'è non merita interdetto alcuno per ricuperare un possesso, la di cui perdita deve a se stesso imputare. Soltanto allora il medesimo potrebbe ragionevolmente astenersi dal fare quell'invito se le circostanze rendano pericoloso ancor questo, e l'occupante siasi così disposto da far credere che non cederà: ma in questa ipotesi quegli avrebbe di nuovo l'*unde vi* (lo dicemmo ancor noi nel paragr. antec.), e non avrebbe bisogno di nuovo rimedio. Così Bruns *loc. cit. e pag. 146, 151, 155, 158, 165.* — Ma le due ragioni da esso allegate non sembrano valide. Non la prima. Imperocchè a prescindere, che nelle costituzioni di Giustiniano non si può molto francamente argomentare insistendo sulla proprietà de' vocaboli come si farebbe in un testo di Paolo o di Papiniano; non è sconveniente neppur all'uso de' buoni tempi il dire vacuo possesso anche di cosa che è aperta e libera a nuovo acquisto di possesso perchè l'esistente possessore della medesima nè è presente nè è rappresentato. Nè più vale la ragione seconda. Imperocchè se un fondo che un assente possiede da per se, viene da un altro occupato, il possesso dell'assente non cessa, nè deiezione sembra ac-

che è evidentemente richiesto dalla natura *recuperandae possessionis* dell'interdetto. Onde quantunque il non ammettere possa essere deiezione (§ 711): pure non è ragione per l'*unde vi* se la esclusione di alcuno accadde in occasione dello essere costui privo di attuale possesso, venuto per prendere un possesso nuovo, *l. 4, § 28, de usurp. et usuc., l. 1, § 23, 26, de vi.* « Eum, qui neque animo, neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri dejectum verius est: dejicitur enim, qui amittit possessionem, non qui non accipitur ». — Parimenti se io tengo in un fondo persone, per mezzo delle quali ne ritengo il possesso; e, ve-

---

caduta, nè *unde vi* compete, neppure se venga dall'assente fatta interpellanza alla lontana, la quale alla lontana venga respinta. Integra rimanendo la presunzione che l'occupatore sarà per cedere avanti all'imponente presenza del giusto possessore. Ma d'altra parte (qualunque siano le presunzioni secondo le leggi) il fare un'interpellanza da presente a presente è cosa sempre pericolosa (§ 693); anche all'infuori di speciali circostanze di preparazioni d'armi e d'armati fatte dall'occupatore, che il pericolo rendano prossimo, e che combinate col relativo deporre l'animo di ritorno possano valere per deiezione. Onde se ci asteniamo dal fare siffatti esperimenti, e « ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem » *(l. 25, § 2, de a. vel a. p.)*, non per questo dobbiamo esser chiamati neghittosi, nè tali da dovere a noi stessi addebitare la perdita del possesso. Bruns *pag. 127* interpreta questo frammento delle suddette circostanze speciali, nelle quali l'*unde vi* competa anche senza interpellanza; argomentando primieramente da ciò che nel testo il detto caso di sospetto di repulsa vien trattato alla pari col caso del ritornante respinto (« usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus etc. »); ed in secondo luogo da quell' « ita », quasi che il giureconsulto voglia indicare una cessazione d'animo non di generale ma di speciale carattere. Ma non mi sembra a ragione. Quell'assimilazione de' due casi è fatta da Pomponio soltanto nel punto della perdita di possesso « usque eo possideamus, donec etc. », e non per altro; non certo per comunicare ad ambedue l'*unde vi* del quale non parla affatto. Quanto all' « ita », questo designa il modo speciale di cessazione d'animo, che costantemente apparisce nel trattato del possesso dell'assente dopo l'altrui occupazione clandestina, e lo distingue da cessazione d'animo proveniente da altri capi estranei a quel trattato (« ita... quod suspicemur etc, »); ma non determina un caso singolare dentro il trattato medesimo con analoghi singolari effetti.

nendo per avventura nel fondo stesso, ne sia discacciato a forza da un terzo il quale però lasci tranquille quelle altre persone, io non avrò l'*unde vi* ma l'*actio injuriarum*; mentre non perdo il possesso che dalle persone medesime mi vien conservato, *l. 1, § 45, de vi* (§ 313). Molto si è disputato sulle prime parole di questo frammento » Non alii autem, quam ei, qui possidet interdictum unde vi competere », onde sembra risultare l'erroneo principio, che possa esercitar l'*unde vi* chi sta tuttora in possesso. Savigny *pag. 153, n. 2* ha notato che diversi codici hanno « non possidet »; benchè la fiorentina non abbia la negazione [1]. La proposizione, come leggesi nella fiorentina, può intendersi così: Non compete l'interdetto *unde vi* ad altri che a colui che già possiede all'epoca della deiezione. È una ripetizione della massima espressa in *d. l. 1, § 23, de vi* « nec alius dejici visus est, quam qui possidet » [2]. Si collega poi col resto del frammento nel seguente modo: Che sia assolutamente necessario il possedere all'epoca della deiezione, è argomento la fermezza colla quale è stata sempre tenuta la tesi, che non si dia *unde vi* senza perdita di possesso. Ora tale fermezza apparisce considerando ciò che Viviano riferisce, non bastar neppur il possesso all'epoca della deiezione, se questa fu eseguita in maniera da non farlo perdere, vale a dire cacciata la persona del possessore, ma lasciate le persone per le quali esso ritenga il possesso: « argumentum praebet, quod apud Vivianum relatum est, si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto experiri: quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt ». — Però d'altra parte non è mestieri, che la *dejectio* cada nel possessore, se cadde nella persona di coloro, per mezzo de' quali esso riteneva il possesso, servi, procuratori, coloni ed altri. Compete l'interdetto senza bisogno di alcuna apposita clausola nell'editto; perchè « Quod servus, vel

---

[1] Nè l'abbiano i basilici *L. 17, 7, Heimb. V, 582.* « *τῷ δὲ νεμομένῳ καὶ μόνον ἁρμόζει* ».

[2] Combina lo scoliaste ne'basilici *loc. cit.* « *Οὐ μὴν τῷ νῦν πρώτως ἐρχομένῳ εἰς νομήν* ».

procurator, vel colonus teneat, dominus videtur possidere; et ideo his dejectis, ipse dejici de possessione videtur » *l. 1, § 22, de vi.* Solo è probabile che anticamente i pretori esprimessero talvolta « Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi dejecit » Cicer. *pro Tull. c. 44*; ma per il testo ora arrecato sono persuaso, che nella migliore epoca seguente nell'editto non figurasse questa clausula superflua.

§ 724.

Dicemmo, che l'*unde vi* compete a chi per altrui violenza ha perduto il possesso d'un immobile. Non si dà tale interdetto per cose mobili, Ulp. *l. 1, § 3-8, de vi,* Paolo *V, 6, 5* (cf. § 690). Ad ottenere il possesso di mobili, perduto per altrui malfatto, vi sono altri mezzi. Oltre le azioni *furti, vi bonorum raptorum,* e *ad exhibendum*, ricordate da Ulp. *d. l. 1, § 6,* vi sono anche le *condictiones possessionis* (§ 376 segg.), e finalmente l'*utrubi* esercitato contro il violento entro l'anno dalla violenza sofferta [1]. — Delle cose mobili, contenute nel fondo, onde avvenne la espulsione, parleremo § 729.

§ 725.

L'*unde vi* si esercita contro l'autore della *vis* « Unde tu... dejecisti ». E che non sia necessario che egli abbia preso per se il possesso del fondo, lo trovammo già applicato da Giuliano nella specie da lui trattata *l. 33, § 2, de usurp. usuc.* (§ 719). Paolo *l. 4, § 22, de usurp. et usuc.* stabilisce apertamente, che l'interdetto nostro ha luogo « Si tu me vi expuleris de fundi possessione, nec adprehenderis possessionem ». Molto meno è necessario che colui abbia acquistato possesso civile; come risulta dalla *l. 1, § 13, de vi,* dove l'*unde vi* è dato anche contro chi espulse come procuratore, e perciò senza acquistare per se medesimo il civile possesso. Altrettanto è a dirsi, se l'espel-

---

[1] Cf. § 695 — Perchè Ulp. *d. l. 1, § 6* non parli dell'*utrubi*, ved. § 736.

lente prese il possesso, ma poi lo perdette, benchè tal perdita sia avvenuta senza suo dolo o colpa, *l. 1, § 36, l. 15, de vi.* Fissata la obbligazione sua dall'atto della deiezione, è indifferente, che egli abbia ora o non abbia il possesso; sia che mai lo prendesse, sia che l'abbia preso e poi perduto in qualsiasi modo, *l. 1, § 42, l. 7, de vi.*

§ 726.

Si dà l'*unde vi* contro il padrone de' servi che espulsero. Senza dubbio si dà, e al solido, allorquando espulsero *ex jussu* del padrone medesimo: al che sarebbe bastato il « tu... dejecisti » dell'editto; mentre « Dejecisse autem etiam is videtur. qui mandavit vel jussit, ut aliquis dejiceretur; parvi enim referre visum est, suis manibus quis dejiciat, an vero per alium. Quare et si familia mea ex voluntate mea dejecerit ego videor dejecisse » *l. 1, § 12, de vi,* « cum familia sine me armata venit, ego non videor venisse, sed familia; nisi jussi vel ratum habui » *l. 3, § 11, eod.* Ma il padrone è tenuto coll'*unde vi*, fino a certo segno, anche se non *jussit*: e per questo fu d'uopo aggiungere nell'editto « aut familia tua dejecit », *d. l. 1, § 11.* « Ait praetor, Dejecisti, aut familia tua dejecit; merito familiae mentio habita: nam cum *dejecisti* verbum refertur ad personam ejus, qui dejecit, nec pertineat ad eum, cujus familia dejecit (nec enim ego videor dejecisse, si familia mea dejecerit), consequens fuit addere, aut familia tua dejecit ». A che è tenuto in tale ipotesi il padrone? Vedemmo § 16 segg., che l'*unde vi* si da nossalmente: senza che per questo abbia a dirsi *ex delicto* con Savigny. Il testo è nella *d. l. 1, § 15, vers. aut non pervenit.* Adunque il padrone è tenuto o al pieno indennizzo, o alla dedizione de' servi; secondo la solita indole de' rimedi nossali. Ma anzi tutto il padrone deve restituire l'*id quod pervenit* ad esso dalla violenza dei servi suoi, *d. l. 1, § 15, vers. quippe cum.* Pertanto se gli pervenne qualche cosa, dovrà rendere primieramente questo: onde scegliendo nell'alternativa dell'interdetto nossale la prima parte, compirà l'indennizzo quanto al resto che a lui non

pervenne; scegliendo la seconda parte, aggiungerà per intero la dedizione dei servi. Che il padrone sia tenuto a rendere l'*id quod pervenit,* indipendentemente dalla dedizione, risulta già dalla *l. 3, § 12, de pecul.* e dalla *l. 4, C. de noxal. action.*; precisamente poi quanto al nostro interdetto s'intende da *d. l. 1, § 19, de vi.* « Si quis tamen neget, se servum, vel familiam defendere: cogendus est pati hoc interdictum: ad hoc scilicet, ut, quod ad eum pervenit, restituat ». È da avvertire, che il *non defendere* porta con se la dedizione dei servi quanto lo sceglierla, *l. 29, l. 33, de noxal. act.;* quindi dalla *d. l. 1, § 19* è provata la doppia obbligazione di *dedere* e di dare l'*id quod pervenit* [1]. Non osta la *d. l. 1, § 15,* dove Ulpiano, dopo aver detto « aut pervenit ad eum aliquid, et restitueret », comincia a parlare dello sviluppo del nossale interdetto in altra ipotesi « aut non pervenit »; onde parrebbe, che se *pervenit* qualche cosa al padrone, questo, dando ciò, non sia ad altro tenuto. Nell' « aut non pervenit » il *non pervenire* è preso complessivamente, o *nihil* o *non totum pervenire*: e l'ordine del pensiero d'Ulp. è il seguente. Finchè *aliquid pervenit,* il restituire il pervenuto è indennizzo proporzionalmente: quindi non si può venire al nossale sviluppo dell'interdetto se non quando o nulla o non tutto *pervenit;* perchè se fosse pervenuto tutto, la restituzione di esso compirebbe l'indennizzo e nulla più resterebbe a desiderare coll'interdetto. — Del resto come l'alternativa dell'indennizzo o della dedizione, così anche l'*id quod pervenit* nel suesposto modo viene nell'interdetto *unde vi, d. l. 1, § 15, 19;* cosa giustamente espressa da Voet *ad tit. de vi, num. 5* [2].

§ 727.

Sulla violenza esercitata dalla *familia* è un testo di Ulpiano *l. 1, § 16, 17, de vi* « Familiae autem appellatio servos con-

---

[1] Ottimamente lo scoliaste ne' basilici *LX, 17, 7. Heimb. V, 576,* commentando le parole « ἵνα τὸ περιελθὸν εἰς αὐτον ἀποδῷ » dice « Σὺν τῷ τοὺς δούλους ἐκδοῦναι ».

[2] Machelard invece *pag. 245* richiede un'azione distinta.

tinet. — Sed quaeritur, quem numerum servorum contineat: utrum plurium, an vero et duum vel trium? Sed verius est, in hoc interdicto, etiam si unus servus vi dejecerit, familiam videri dejecisse ». Sembra contradire Paolo *V*, *6*, *3* ». Non tantum si ipse dominus possessione dejiciat [1], utile interdictum est, sed etiam si familia ejus. Familiae autem nomine etiam duo servi continentur ». Machelard *pag. 245*, *n. 1* crede, che alcuni giureconsulti, fra' quali Paolo, osservando che nell'editto era adoperata l'espressione collettiva « familia » vollero pluralità de' servi, almen due: ma che Ulp. non stesse a questo scrupolo grammaticale, e fosse contento di un servo solo. A me non pare, che la questione sul numero consistesse in un mero scrupolo grammaticale, nè che Paolo differisse da Ulpiano nel deciderla quanto al nostro interdetto. In verità l'espressione « familia » quando viene adoperata a significare i servi, è parola collettiva e di un sol servo non si appaga. Ulp. stesso *l. 40*, *§ 3*, *de V. S.* dice « Unicus servus familiae appellatione non continetur »; nè da tale accezione si allontana nella *l. 195*, *§ 3*, *eod. tit.* Ora vi sono casi di azioni nossali, nei quali, usata dal pretore la parola « familia », si sta a questa parola strettamente; nè è luogo alle medesime azioni se si tratti d'un servo solo. Ciò accade, quando l'azione nossale, comprendendo nella sua alternazione non la sola emenda del danno ma il pagamento di una pena, avrebbe potuto nella ipotesi di più servi d'un padrone, che avessero malfatto, intendersi così che il padrone medesimo o li dovesse *dedere*, o tante volte ripetere il pagamento della pena per quanti fossero i suoi servi malfattori. Il pretore soccorse al padrone in tali eventi così, che l'azione nossale consistesse o nella dedizione dei servi malefici o in un solo pagamento (« quantum si unus liber fecisset »), *l. 31*, *de noxal. act*, *l. 1*, *pr.*, *§ 3*, *si*

[1] Così è ben letto da CUJACIO, piuttosto che « dejiciatur ». Poichè l'editto parlò della *familia* del *dejiciens* e non di quella del *dejectus*: mentre non era necessaria alcuna speciale menzione del caso dei scacciati servi del possessore, sendochè « his dejectis, ipse dejici de possessione videtur » *l. 1, § 22, de vi* (§ 723).

fam. furt. fec. dic., *l. 2*, *§ 15*, *vi bon. rapt.* In questi stessi casi il pretore usò la parola « familia » *dd. ll.*; e che non fosse soddisfatto di un solo servo, era evidente dal motivo stesso che ne aveva ispirato il discorso: giacchè se un solo servo avesse malfatto, quella provvidenza del pretore non avea ragione di esistere, non si comprendeva. Su ciò non potè essere controversia frai giureconsulti. La controversia fu: Poichè non può essere un servo, quanti dovranno essere? Alcuni giureconsulti furono più, altri meno esigenti. V'era chi credeva, che per rendere applicabile la detta provvidenza del pretore bastasse che due servi avessero malfatto. Altri invece desideravano il numero di tre; sia perchè altri esempi vi sono di nomi collettivi ov' è richiesto tal numero, *l. 85*, *de V. S.*, sia perchè troppo si allontanava dall'uso dei romani lo avere una *familia* composta di due servi soltanto, e più lo usare questa espressione per questo tenue numero [2]. Altri finalmente neppure di tre erano soddisfatti, e volevano un numero maggiore; credo principalmente in vista di quest' uso romano, per cui la parola « familia » soleva riferirsi a maggior numero. Ulpiano *d. l. 40*, *§ 3*, *de V. S.* era fra quelli che si dichiaravano contenti di tre; poichè dopo aver escluso il numero singolare soggiunge soltanto « Ne duo quidem familiam faciunt. » Dovendosi gli editti in discorso intendere della ipotesi di più servi, Ulp. si attiene alla intelligenza più esatta della collettiva parola « familia »; cioè più conveniente agli altri esempi e nell' istesso tempo non aliena dall' uso de' modesti cittadini (not. 2.) — Nella *cit. l. 1*, *§ 17*, *de vi* Ulpiano medesimo ci mostra, come la stessa questione si agitasse fra i giureconsulti anche sull'editto *unde vi* a proposito della pa-

---

[2] « Quot pascit servos? » si domandava per conoscere la ricchezza d'un cittadino, GIOVEN. *Satyr. III*, *v. 140*. PLINIO *H. N. 33*, *135* narra di C. Cecilio Claudio Liberto che morendo lasciò in Patrimonio quattromila cento sedici servi. ATENEO *6. 104*, *p. 272*, *d.* afferma che moltissimi possedevano dieci, venti, e più mila schiavi « *καὶ γὰρ μυρίους καὶ δισμυριους καί ἔτι πλείος δὲ πάμπολλοι κέκτηνται* ». Onde TACITO *Ann. 14*, *44* « nationes in familiis habemus ». QUINTILIANO *6*, *cap. 4* per lodare la frugalità di Catone dice « contentum fuisse tribus servis ».

rola « familia » ivi adoperata; « utrum plurium, an vero et duum vel trium ». Qui però Ulp. tronca la questione in un modo perentorio benchè indiretto « Sed verius est, in hoc interdicto, etiam si unus servus vi dejecerit, familiam videri dejecisse ». Imperocchè il caso dell'*unde vi* è ben differente dai casi sopra esposti, ne'quali v'era tutta la ragione di agitar la questione. In questi casi, ove era indotta la pena che di sua natura poteva moltiplicarsi pel numero dei servi delinquenti, la parola *familia*, adoperata negli editti fatti a bella posta per escludere questa ripetizione di pagamenti, doveva, lo vedemmo, essere presa strettamente nel suo significato collettivo, nè era possibile lo slargarla per interpretazione. Ma nell'*unde vi*, dove l'interdetto nossalmente proposto non contiene nella sua alternazione alcun pagamento di pena, ma dedizione o pagamento per l'emenda di danno oltre la restituzione, non è luogo a poter credere, che il pagamento avesse a moltiplicarsi pe' singoli servi espellenti; giacchè la restituzione, come la emenda, fatte una volta non lasciano più nulla a desiderare. Quindi niun motivo per credere, che la clausula dell'interdetto *unde vi*, nella quale si parla della *familia*, fosse stata scritta dal pretore per escludere ripetuti pagamenti nell'ipotesi di più servi espellenti. È certo che il pretore la enunciò solo per constatare, che anche in questo genere di malfatto, e relativo interdetto, si può procedere nossalmente. La clausula adunque ha ragione di esistere tanto se uno fu il servo espulsore, quanto se espulsero più servi. E perciò non ostante la usata parola *familia*, per se collettiva. si doveva per giusta interpretazione intendere la detta clausola applicabile anche al caso dell'unico servo. Non già che potesse dirsi in tal caso che veramente *familia dejecerit*, ossia non per la forza diretta della parola del pretore; ma per la sentenza del medesimo « familiam *videri* dejecisse ». Così Ulpiano; or vediamo di Paolo *cit. V*, *6*, *3*. Esso riconosce, che *familia* per se è nome collettivo. Credo anzi, che Paolo ne' casi sopra descritti di azioni nossali, dove la espressione « familia » si piglia esclusivamente, nè per interpretazione si arriva al caso del servo unico, pensasse come pensava Ulp.

d. l. 40, § 3, de V. S., e desiderasse tre servi come portava la più esatta intelligenza della suddetta espressione. Ma proposta la questione anche da Paolo, quanti servi sian necessarii per dir *familia* nel senso dell'editto sull'*unde vi*, esso che intendeva tanto bene quanto Ulpiano *d. l. 1, § 17, de vi*, che la relativa clausula nell'editto doveva essere per mezzo d'interpretazione applicata anche dove un solo servo avesse espulso, si affretta a rispondere che certo alla detta collettiva parola è qui soddisfatto con due servi. Paolo ed Ulpiano sono mossi ambedue dalle istesse ragioni, dall'istesso pensiero, dalle istesse risoluzioni. Paolo si limita a rispondere direttamente alla questione proposta sulla portata della parola *familia* nell'*unde vi*; e dice, che va intesa ampiamente tanto da essere soddisfatta, collettiva com'è, di due soli: senza punto escludere che per interpretazione estensiva della clausola si abbandoni anche la parola medesima, e si debba esser paghi d'un servo. Ulpiano risponde indirettamente alla questione medesima, ricordando che la interpretazione della clausula dell'editto porta che questa sia applicata anche al caso del servo unico; con che apertamente significa, che in detta questione sul significato della parola *familia* era dispostissimo ad adottare la stessa larghezza di Paolo [3].

---

[3] Oltre l'ampia accezione della parola *familia* così da comprendervi due servi anche un'altra ve n'è indotta dalla giurisprudenza per dar l'interd. *unde vi* anche fuori del caso che veri nostri servi avessero espulso. « Familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est » *l. 1, § 18, de vi:* nel nome di *familia* s' includono anche gli uomini liberi, o i servi altrui, che ci servono in buona fede; cf. *l. 4, pr. de usu et habit., l. 25, § 2, de aed. ed., l. 1, § 5, de publican., l. 2, § 14, vi bon. rap.* — Parimenti oltre la interpretazione estensiva fatta alla clausola dell'editto, da applicarla anche al caso d'un servo, un'altra ne fece la giurisprudenza così che « Si filius familias, vel mercenarius vi dejecerit utile interdictum competit » *d. l. 1, § 20, de vi.* La parola mancava del tutto; non mancava la sentenza. Ragionevolmente SAVIGNY *pag. 417* limita l'efficacia di questo interd. utile *unde vi* all'*id quod pervenit*; cf. *l. 3, § 12, de pecul.* A questo capo spetta la *l. 16, de vi* « In interdicto unde vi dicendum est, ut ejus causa, quod ad patrem pervenit, ipse teneatur » Ulp. Non penserei con SAVIGNY *pag. 431, n. 2,* che la lezione fiorentina importi

§ 728.

Sulle *l. 1, § 12, l. 3, § 11, de vi* dicemmo, che se il padrone comandato avesse alla *familia* di operare la deiezione, allora senz'uopo di clausula apposita esso è tenuto coll'*unde vi* per la massima che « dejecisse videtur qui mandavit vel jussit ». Per l'istessa ragione è tenuto senza necessità di distinta clausula colui che ad uomo libero diè mandato ad espellere *d. l. 1, § 12, d. l. 3, § 10, l. 152, § 1, de R. I.* « Dejicit, et qui mandat ». Sembra, che ancor qui talvolta gli antichi pretori credessero opportuno esprimere questo caso concependo la formola o nel modo riportato da Cicerone *pro Tull. c. 44* (ved. § 723), o così « Unde dolo malo tuo... vi detrusus est », Cicer. *pro Tull. c. 29.* Ma dai citati testi apparisce, che in seguito fu ritenuto, e giustamente, bastare il primitivo « dejecisti », così che vi fosse compreso anche il *dejici fecisti* [1]. — Altrettanto deve dirsi di colui che *ratum habuit* il fatto della deiezione operato da altri senza suo mandato ma nel suo interesse, *l. 1, § 14, de vi* « Sed et si, quod alius dejecit, ratum habuero: sunt, qui putent secundum Sabinum, et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse, interdictoque ipso teneri: et hoc verum est; rectius enim dicitur: in maleficio ratihabitionem mandato comparari ». Concorda Ulp. stesso *l. 3, § 10, 11, eod., l. 152, § 2, de R. I.* « In maleficio ratihabitio mandato comparatur ». [2] — Non aggiungerei con Savigny *pag. 417*, che

---

che dunque l'interdetto possa promuoversi contro il solo padre *in id quod pervenit*, e non contro il figlio. Lo che sarebbe falso; mentre vedemmo, che l'*unde vi* si dà contro l'espulsore anche se non *pervenit* a lui ma ad altri (§ 725). Affermare l'interdetto contro il padre non è negarlo contro il figlio. Avendo la fiorentina buon significato, non è necessario preporle lezioni di altri codici. Del resto la cosa è bene intesa ne' basilici *LX, 17, 22, Heimb. V, 590.* Εἰ βίαν ποιήσω, καὶ ὁ πατήρ μου εἰς τὸ περιελθὸν ἐνάγεται ».

[1] Savigny *pag. 416.*

[2] Cf. § 274, n. 1. La *l. 152, § 2, de R. I.* spetta all'interdetto *unde vi*, come apparisce dal preced. *§ 1,* e dalla iscrizione del frammento *lib. 69, ad Edict.* di Ulpiano, la quale iscrizione combina con quella delle *dd. ll. 1, 3, de vi.*

siano coll'*unde vi* tenuti anche coloro che abbian lucrato qualche cosa per mezzo della violenza usata da altri a nome di quelli pur senza ratiabizione [3]. Per se l'altrui fare in nostro nome non ci obbliga coll'*unde vi l. 3, § 11, de vi*; nè per se ci obbliga il pervenire a noi qualche cosa dall'altrui violenza *l. 7, eod.*, tranne i su esposti casi speciali del padre di famiglia quanto alle deiezioni eseguite da servi, figli di famiglia, mercenari. Se pur si cumulino le due circostanze, nulla può risultare; due forze di loro natura assolutamente inefficaci restano tali sebbene unite. È da far limitazione per l'ipotesi, che le due circostanze medesime si uniscano in tali aggiunti, onde si formi una nuova ragione atta per se a rendere altri tenuto coll'*unde vi*; cioè quando *pervenit* con scienza nostra e tacita ratiabizione dell'avvenuto a nostro nome. Così è da intendere la *l. 4, de vi* citata da Savigny « Si vi me dejecerit quis nomine municipum in municipes mihi interdictum reddendum, Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit ». In tale ipotesi la nostra responsabilità non si limita all'*id quod pervenit;* come mai si limita a questo quando esista mandato o ratiabizione? Il *pervenit* opera in tali aggiunti come fattore per formare la ratiabizione e rendere applicabile l'interdetto, e non già come limite di questo. Onde il testo « *si quid* ad eos pervenit », e non *ad id* o *quantum ad eos pervenit* [4]. — Contro gli eredi dell'espellente l'*unde vi* si dà soltanto all'*id quod pervenit*, *l. 1, § 48, l. 3, pr., l. 9, pr. de vi*; e ciò fu da noi spiegato § 16, segg. — I successori singolari non sono mai tenuti da quell'interdetto, quantunque piglino la cosa conscii della violenza usata dal loro autore; perchè nè fecero essi violenza, nè rappresentano in alcun modo la persona di chi la fece, *l. 7, de vi*, *l. 3, § 10, uti poss.* — Il figlio e il liberto non esercitano l'*unde vi* contro

---

[3] Stanno con Savigny, Windscheid *§ 160,* Schmidt *pag. 193,* Bruns *Das Recht des Bes. p. 66, seg.*

[4] Nè il *si* deve prendersi in esso testo come condizione assoluta, quasi che non altrimenti possa esser tenuto il municipio che nel caso del *pervenire* conosciuto: potendo ben farsi da esso la ratiabizione in altri modi. Esprime semplicemente uno de' casi di ratiabizione: Se avvenga che ecc., Posto che ecc.

il padre e il patrono « quia atrocitatem facinoris in se habet » *l. 1, § 43, de vi, l. 2, § 1, l. 7, § 2, de obsequiis praestand.*: si dà loro contro questi una *in factum actio, d. l. 1, § 43.*

§ 729.

Il comando del pretore « restituas » porta, che l'impetrante debba essere riposto nello stato in cui sarebbe se non fosse stato colla violenza discacciato, *l. 1, § 31, 41, de vi.* Perciò il violento deve restituirgli il predio, o pagare quanto interessa all'altro il possederlo; cf. *l. 6, eod.* Inoltre deve rendergli i frutti da se percepiti dall'epoca della deiezione *d. l. 1, § 40*, e soddisfarlo anche di quelli che esso deietto avrebbe potuto percepire, *l. 4, C. unde vi.* — Siccome nell'editto è espresso « quaeque tunc ibi habuit », così il comando del pretore importa la restituzione anco delle cose mobili, che il deietto o civilmente o naturalmente[1] possedeva entro il fondo al tempo della deiezione, e che con questo tolte gli furono *d. l. 1, § 33-38.* Però Keller *Semestr. II, p. 298 segg.* sostiene, che non era nella formola dell'interdetto necessaria quella clausola « quaeque tunc ibi habuit » per comprendere nell'ordine del pretore i mobili contenuti nel fondo, e che ciò veniva da per se in forza della espressione « restituas ». Onde quel che Ulpiano *d. l. 1, § 33-38* dice in spiegazione di quella clausula, lo interpreta così, che la medesima figurasse solo nella *formula arbitraria* la quale in questo interdetto restitutorio poteva aver luogo nello sviluppo posteriore del processo. Sostiene che in tale *formula* fosse detto: *Nisi cum fundum, quaeque Aulus Agerius tunc ibi habuit, Numerius Aegidius Aulo Agerio restituat, quanti ea res est, condemna, S. N. P. A.* Crederei piuttosto con Schmidt *pag. 35, n. 7*, che la detta clausola stesse nella formola stessa dell'interdetto. Oltre il contesto dei detti *§ 33-38, leg. 1, de vi* con i precedenti, che prova la relazione comune collo stesso interdetto di questa e dell'altre espressioni esposte da Ulpiano precedentemente, mi muove la seguente

[1] *Habere* si dice anche di chi possiede solo naturalmente (§ 99).

riflessione. Se il « restituas » fosse stato per se idoneo, espresso com'era nella formola dell'interdetto, a comprendere anche le cose mobili contenute nel fondo, lo sarebbe stato ancora nella formola arbitraria, e la ripetuta clausola sarebbe stata inutile anche in questa. Pertanto credo, che la clausola stessa venisse espressa tanto nell'interdetto quanto nella formola arbitraria. — Ricordo in questa occasione, come l'imp. Zenone per render più facile la liquidazione della condanna, che in ragione de'mobili così perduti far si dovesse nel giudizio interdittale, stabilì che l'impetrante potesse con giuramento dichiararne il valore, non eccedendo però la *taxatio* fatta dal giudice, *l. 9*, *C. unde vi.* I commentatori han chiamato questo giuramento *juramentum Zenonianum.*

§ 730.

Ma se tanto rigore era spiegato contro l'espulsore, avea pure il medesimo qualche rifugio. In primo luogo all'epoca della classica giurisprudenza, che qui stiamo descrivendo, se il deietto avesse posseduto viziosamente dall'espulsore, costui poteva difendersi coll'eccezione *Nisi vi*, *clam*, *precario a me*, *Gaj. IV*, *154*, *Paul. V*, *6*, *7.* Dissi, viziosamente dall'espulsore, perchè se l'espulso avesse posseduto viziosamente da un terzo, non poteva colui formarne eccezione, *l. 53*, *de a. vel a. p.* Venulejo « Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet ».— Inoltre l'interdetto *unde vi* colla sua piena efficacia non poteva essere impetrato se non dentro l'anno dalla deiezione. Ciò risulta non solo dalla collezione giustinianea *l. 1*, *pr.*, *§ 39*, *de vi*, *l. 2*, *C. unde vi;* ma anche da altri luoghi ove niun sospetto può esistere della mano correttrice dei greci compilatori, cioè dal *§ 312*, *fr. vatic.*, e da Cicer. *pro Tull. c. 44* (§ 723). Tale prescrizione apparteneva all'impetrazione stessa dell'interdetto; e non si deve credere che solamente si riferisse alle *actiones ex interdicto reddito.* Basta per convincersene il considerare, che l'anno era *utilis d. l. 1*, *§ 39:* ora il tempo *utile* non si riferisce che agli atti da intraprendersi avanti ai ma-

gistrati [1]. Però quanto a ciò che *pervenit* all'espulsore, l'interdetto può promuoversi anche dopo l'anno, *d. l. 1, pr. de vi, l. 7, § 5, de comm. div., l. 3, § 1, de vi.*

§ 731.

Adesso passiamo a vedere quali cangiamenti alle cose, che abbiamo esposte sull'*unde vi* per l'epoca classica, inducesse la legislazione de'monarchi orientali. È noto, come Jhering *pag. 79 segg.* stabilisce la massima, che la legge deve dar protezione contro ogni ablazione di possesso, di qualunque maniera essa sia; che il possessore ha da avere difesa possessoria contro ogni appropriazione fatta da un terzo, purchè questa non possa esser riportata alla volontà sua. Soggiunge, che l'antico interdetto *unde vi* non aveva tanta pienezza, ma che la estesa ricuperatoria protezione si ritrova in dritto romano nella legislazione de'più recenti imperatori. Accetta quel che Cujacio avea detto, ma Savigny avea impugnato, che cioè per le ablazioni di possesso senza violenza sia stato introdotto un nuovo rimedio sotto il nome di *actio momentariae possessionis*, che comprenda quattro casi di ablazione di possesso; per via d'errore, per infedeltà di rappresentanti, per illegale disposizione di magistrati, e per appropriamento di possesso di assenti. I più de'moderni si sono dichiarati contro queste idee, sopra tutti Bruns *Besitzkl. p. 84 segg.* Qualcuno però conviene più o meno in esse. Già Brinz *Pand. § 30, p. 86* difese le vedute di Cujacio; anche Molitor *pag. 150* parla di interdetto *momentariae possessionis* e cita alcuni dei testi adoperati da Jhering; e Randa *pag. 121 n. 20, 187 n. 10, 201,* benchè stia col Bruns nel negare che per dritto romano tanta estensione abbia mai avuto il rimedio ricuperatorio, però concorda con Jhering nell'approvare la giustizia delle sue ragioni in giure costituendo. — A me non sembrano vere tutte le estensioni, che Jhering trova nelle costituzioni orientali, nè

[1] Cf. *l. 1, § 9, de agnosc. et al. lib., l. 19, C. de jur. delib.,* Savigny *Syst. IV, p. 426 seg.,* Schmidt *pag. 118.*

accetterei il suo ragionare in quanto stabilisce la necessità di trarre quel rimedio ricuperatorio a tutta quella pienezza. Accetto in gran parte la dimostrazione piena ed erudita, colla quale Bruns dimostra che i testi citati da Jhering non provano l'assunto di questo scrittore e sono fuori della sua tesi. Infatti quanto al primo de'quattro casi allegati da Jhering, cioè quanto alla perdita del possesso accaduta per causa d'un errore, quando sia stata fatta consegna di una cosa da chi sbaglia sul corpo di essa, già per dritto antico il medesimo tradente non perde il possesso proprio e non ha bisogno, come neppure ha facoltà, di esercitare un rimedio ricuperatorio; come provammo § 295 n. 3. Se poi ritornando sia escluso, anche per dritto antico ha l'*unde vi*, come in genere lo hanno i possessori *non admissi* (§ 710). — Quanto al caso della illegale disposizione di magistrati credo, che bene il Bruns dimostri la inapplicabilità dei testi invocati da Jhering nelle *l. 5* e *l. 6*, *C. Theod. unde vi;* poichè la *l. 5* tratta di possesso che era stato ottenuto per orrezione dall' impetrante e non dall' impetrato; e la *l. 6* ribadisce soltanto il principio, che contro l'assente non si può in genere pronunciare sentenza nè fare vera esecuzione; cosicchè anche la causa del possesso dell'assente non possa esser cangiata nè per rescritto di Principe nè per sentenza di giudice. — Ma quanto al caso di possesso perduto per infedeltà di rappresentanti già nel § 326 approvammo la opinione di Jhering, che cioè un rimedio del tutto nuovo sia stato introdotto da Giustiniano colla *l. 12*, *C. de acquir. et retin. poss.* — E quanto all'ultimo caso dell'appropriamento di possesso degli assenti notammo § 112, che Costantino nella *l. 1*, *C. Th. unde vi*, a cui corrisponde nel cod. giustinianeo la *l. 1*, *C. si per vim*, diede una nuova applicazione all'*unde vi*, cosicchè potessero esercitarlo i deietti propinqui, amici, servi, coloni che tenevano a nome dell'assente possessore; e volle, che non fosse osservata la prescrizione annale dell'*unde vi* nè quanto ad essi, *vers. Sed post*, nè quanto agli assenti medesimi, *vers. Cui tamen.* Difendemmo poi § 722, che Giustiniano nella *l. 11*, *C. unde vi* accordò un nuovo rimedio pel caso, in cui, clandestinamente occupato il possesso

d'un assente, questo reso consapevole deponga l'animo di ritornare. — Però quantunque nelle *dd. l. 12. C. de acq. et ret. poss., l. 11, C. unde vi* io riconosca rimedi recuperatorî del tutto nuovi, non mi adatterei a chiamarli con Cujacio e Jhering col nome di *actio momentariae possessionis.* Perchè, come Bruns ha sostenuto e ripete Walter *§ 730 n. 28*, nei passi relativi all'epoca di decadenza, nei quali si rinviene questa espressione od altra simile ad essa, è la medesima presa non per altro che per l' interd. *unde vi.* — Moltissimi dunque dei casi enumerati da Jhering hanno avuto la loro provvidenza nel dritto romano o antico o nuovo. Se non a tutti è stato provveduto, non c'è ragione o di volerli con Jhering trovare considerati là dove non lo sono, o di notare con Randa un vuoto illogico nelle leggi romane. Poichè seppure qualche caso di ablazione di possesso rimane senza rimedio, non è meraviglia: mentre si tratta di tutela di possesso, che non è dritto in se, ma è protetto siccome parve alla prudente economia degli autori degli editti e delle costituzioni a seconda de'bisogni sentiti nell'epoche relative. Specialmente quanto ai rimedi recuperatorii del possesso, ne' quali c'è per loro natura minore facilità (§ 707).

§ 732.

Altre operazioni fece sul nostro interdetto la legislazione dei Principi d'Oriente. Quanto alla procedura, oltre l'universal cangiamento avvenuto in questo come negli altri interdetti nell'epoca in cui cessò il sistema formulario (§ 59 n. 6, 662), qualche cosa di speciale quanto all'appello trovasi stabilito in una costituzione di Valentiniano e Teodosio *l. 1. C. Th. si de momento fuer. appell.* (nel cod. giustin. *l. 1, C. si de moment. poss. fuer. appell.*) Non crederei col Gotofredo *ad l. 22, C. Th. quor. appell.*, seguito da Bruns *Besitzkl. p. 98*, che questa costituzione si estende ad altri interdetti; ma bensì con Bethmann *II, p. 328*, seguito da Schmidt *p. 338 seg.*, che appartenga al solo *unde vi.* Infatti oltre le parole del testo, la storica origine della costituzione stà per questa opinione. Sappiamo da Simmaco

Ep. X. 48, 53, cf. 58, che al suo tempo, che è anteriore alla costituzione medesima, era per dritto negato l'appello dalle sentenze rese nel nostro interdetto. La costituzione modificò; ed ammettendo l'appello nell'*unde vi*, tolse solo l'effetto sospensivo al medesimo.

§ 733.

Grande è la disputa intorno alla celebre *l. 7, C. unde vi*, dov'è riportata, mutate le originali parole, una costituzione di Valentiniano II anno 389, E. V., che trovasi nella *l. 3, Cod. Theodos. unde vi*. Le parole della *l. 7, C. unde vi* sono le seguenti « Si quis in tantum furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum, vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit: dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit restituat possessori, et dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit; non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earumdem rerum restituere compellatur ». Mentre domina ampiamente fra gli scrittori la persuasione che la legge sia da intendere anche dei mobili, gran difficoltà si trova nel determinare se debbasi credere indotto un rimedio diretto a ricuperare il mero possesso de'mobili medesimi, ed in caso affermativo quale mai sia cotesto rimedio. Savigny *pag. 424 segg.* vi crede esteso 'unde vi alle cose mobili; combinano con esso Rudorff *Zus. zu Sav. num. 152*, Brinz *I, pag. 86*, ed anche Randa *pag. 121*, benchè con qualche dubbiezza. La maggior parte degli autori i è dichiarata contro tale supposta estensione [1]: ma è gran varietà nel dare altre ed altre spiegazioni. Chi nega, che in *l. l. 7* sia accordato alcun nuovo rimedio a tutela di mero

[1] THIBAUT *Civ. Arch. I, pag. 103 segg.* MÜHLENBRUCH *§ 134, 244 n. 7.*, 'UCHTA *§ 135 a.*, VANGEROW *III, § 690*, JHERING *pag. 104 seg.*, VAN WETTER *Poss. n. 140*, WINDSCHEID *§ 160 n. 4*, BRUNS *Das Recht des Bes. p. 74 segg.* *Besitzkl. p. 177*, MOLITOR *pag. 141*, MACHELARD *pag. 248 segg.*, MILONE *ag. 50.* Alla stessa opinione inclina, benchè dubitando, ARNDTS *§ 173.*

possesso, come Thibaut: chi vi scorge introdotto un rimedio a ricuperare il possesso, del tutto nuovo, come Mühlenbruch: chi crede il testo di Valentiniano doversi riferire all'*utrubi*, come Bruns ed altri. A me pare, che si debba tener fermo, esser rimasto l'*unde vi* anche all'epoca più tarda del dritto romano in esclusivo rapporto cogl' immobili. Non solo perchè i compilatori riportano il testo di Ulpiano *l. 1, § 6, de vi* « Illud quidem in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere », ma per il *§ 6, I. de interd.* Ove parlando in tempo presente e in senso del dritto nuovo, anzi fatta contestualmente parola delle costituzioni imperiali, fra le quali è senza dubbio quella in questione, Giustiniano ribadisce la massima che solo agli immobili spetta l'*unde vi* « Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi, vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem: licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possideat (§ 737). Sed ex Constitutionibus sacris, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit: si quidem in bonis ejus est, dominio privatur; si aliena, post ejus restitutionem, etiam rei aestimationem dare vim passo compellitur ». Questa mi sembra prova ineluttabile [1].

§ 734.

Ma io terrei parimenti per certo, che anche la *d. l. 3, C. Theod. unde vi* nella sua originalità riguardi le sole immobili cose. Ecco le parole « Plerosque detectum est, in rem privatam nostram, quam publicatio celebrata quaesiverat, *invasisse*, quam nos a retentatoribus ereptam sociari jubemus aerario: punientes, contumacius quam decus publicum sinebat erectos,

---

[1] Anche ne'basilici e ne'scoliasti è ripetutamente confermato, che l'*unde vi* non eccede gl' immobili *LX, 17, 7, Heimb. V, p. 573 seg.*, PSELLO *vers. 881, segg.* così si esprime « Tò *οὔνδε βὶ ἰντέρδικτον νοεῖται προσηκόντως* Εἴτι *τὸν ἔχοντα νομὴν πράγματος ἀνινήτου* Tῆς *νομῆς ἀπελάσειεν, ὡς βίαιος τὴν γνὼμην* ».

ut qui litem inferre potuissent, nollent expectare judicium, ac spernerent victoriam quam justitiae praescripsisset eventus, et amplecterentur quod dedisset audacia. Cadat igitur lite quisquis operiri noluerit litis eventum, et quod recipere lege potuisset, contemptor examinis violentus amittat. Illi vero, quos in tantum furorem provexit audacia, ut quod jurgaturi apud examinis fidem sperare non possent, ante eventum judicialis arbitrii illicita praesumptione temerarent, aestimationem rei, de qua litigari convenerat, cogantur exolvere. Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis, generali lege sancimus. Illud autem ab officio Magnificentiae tuae cavendum esse decernimus, ut sacratissima domus nostra litem expectare, non inferre cogatur, neque expetat, sed patiatur examen ». *Invadere* non si può dire che d' immobili, come ognun sa, e Giustiniano esprime *§ 1, fi. I. de vi bon. rapt.* Valentiniano in *d. l. 3* non fece che estendere quel che già avea stabilito Costantino a. 330 nella *l. 2, C. Th. fin. regund.* (*l. 4, C. Just. fin. regund.*), che cioè chi, pendente lite sui confini, invadesse parte dell'altrui, restituisse il preso e perdesse altrettanto del terreno proprio. Infatti le costituzioni, che emanate in seguito della *l. 3*, la ripetono o anche le danno applicazioni estensive, sono pur sempre concepite d' immobili. Nell'a. 394 Teodosio Arcadio ed Onorio *l. 2, C. Theod. si cert. pet. de suffrag.* (*l. 1, C. Just. de suffrag.*) stabiliscono sui *suffragatores*, che violentemente occupassero ciò che pel suffragio, ossia intercessione presso il Principe, era stato loro promesso, una punizione simile a quella della *l. 3*. Ma per le sole invasioni di promessi fondi. Valentiniano III nella *Nov. Theod. tit. 19*, a. 441 ripete « praecedentia inclitorum Principum Parentumque nostrorum statuta *renovamus*. Idcirco mansura in aevum lege sancimus, ut quisquis inconvento domino, non expectata, vel adversus praesentem, vel in contumacem, definitiva sententia, possessorem *in praedio rustico vel urbano* depulerit, possessione protinus restituta, causae totius, *sicut dudum constitutum est*, amissione mulctatus, aestimationem rei occupatae mox cogatur inferre ». Un'altra costituzione di Zenone a. 484, *l. 10, C. unde vi*, *l. 34, C. de loc. cond.*, stabilisce

una pena simile a quella fissata nelle mentovate costituzioni, e si esprime « quemadmodum possessionis alienae *invasores*, tam vetus, quam praesens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus etc. ». Così stava la *l. 3*, *C. Th.*; e che Giustiniano non abbia inteso di protrarla ai mobili, come suppone Bruns *Das Recht des Bes. p. 75*, oltre gli argomenti che arrecammo nel paragr. precedente, lo dimostrano le parole della *l. 7*, che, quantunque in massima parte diverse da quelle di *d. l. 3*, pure ripetono *invaserit*, *invasit*[1].

§ 735.

Invano Savigny per riportare tanto agl'immobili che ai mobili la legge di Valentiniano, dice che generali sono l'espressioni di questa; lo che vedemmo essere evidentemente inesatto. Invano invóca il *§ 1, I. de vi bon. rapt.* « Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suae dominio cadere: sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam aestimationem ejusdem rei praestare. Quod non solum in mobilibus rebus, quae rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quae circa res soli fiunt, ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant ». Le costituzioni relative agl'immobili sono precisamente la nostra *l. 7*, e le altre citate nel paragr. antecedente. Ma relativa ai mobili non è quella, nè lo sono queste altre. È mia opinione, che Giustiniano *d. § 1* pensi del *decretum divi Marci*, *l. 13*, *quod met. caus*, *l. 7*, *ad l. Iul. de vi priv.*, il quale, con pena simile a quella applicata nelle posteriori costituzioni agl' invasori de' fondi ed altri, puniva i creditori che da per se occupassero quell' immobile o mobile che era loro dovuto « Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte

---

[1] Come debbansi intendere l' espressioni del *§ 1, I. de vi bon. rapt.* citate da BRUNS, vedremo nel paragr. seguente.

datam, sine ullo judice temere possidere, vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit ». Quel che vuol sostenere Bruns, che cioè Giustiniano nel *d. § 1* riguarda l'antica costituzione di Valentiniano sotto un punto di vista più largo che non fosse nella costituzione medesima espresso, noi lo diciamo piuttosto rispetto al *decretum divi Marci.* Mentre le parole del decreto sono concepite solo di cose dovute e violentemente tolte al possessore debitore; Giustiniano nel *d. § 1* l'intende e ne parla come se avesse provveduto a qualunque caso di violenta occupazione anche di cosa propria da altri posseduta. Ma nel *§ 6, I. de interd.*, laddove torna a parlare delle costituzioni imperiali in aggiunta al trattato dell'*unde vi*, non più si esprime di quella relativa ai mobili, ma parla solo di costituzioni per le quali « si quis rem per vim occupaverit: siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem, etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur », e queste sono di nuovo la *l. 7*, e le altre da noi sopra citate nel § 734, scritte tutte dei soli immobili.

§ 736.

Finalmente gli scrittori, che nella costituzione della *l. 7, C. unde vi* vogliono applicato alle mobili cose o l'*unde vi* o un nuovo rimedio ricuperatorio di mero possesso, insistono molto sulla seguente riflessione. Da che all'epoca di Giustiniano l'*utrubi* non si dava più a chi per la maggior parte dell'anno avesse posseduto il mobile, ma solo a chi possedesse all'epoca d' intentare l' interdetto; non c'era più nell'*utrubi* il soccorso per ricuperarne il possesso perduto: per non dire lasciato un vuoto nella legislazione, dobbiamo ritenere che sia provveduto a ciò con *d. l. 7.* — Molte risposte possono darsi. In primo luogo, fosse pur vuoto deplorabile, lo deploreremmo, ma non ci crederemmo autorizzati a riempirlo facendo dire a dei testi ciò che non dicono. In secondo luogo, quel vuoto, se si dovesse dir tale, esisterebbe sempre in gran parte nella legislazione giustinianea anche intendendo la *l. 7* per l'*unde*

vi o simile rimedio applicato alle cose mobili; e precisamente pel caso della occupazione clandestina, che è di gran lunga il più importante quanto agli oggetti di tal natura. Il possesso de' mobili, che per altrui occupazione clandestina è subito perduto (§ 302), rimarrebbe sempre sprovvisto d'interdetto dopo la ricordata mutazione dell'*utrubi* e relativa equiparazione all'*uti possidetis* [1]. In terzo luogo è da riflettere, che la pena della perdita di proprietà a carico del violento occupapatore di cose tanto mobili quanto immobili, seppure egli ne fosse stato il padrone, pena stabilita dalle costituzioni e da quella estensione fatta da Giustiniano di cui parlammo nel paragr. antec., conferì al paziente la facoltà di ripigliarsi la cosa, senza che avesse a provare di aver avuto dritto propriamente detto sulla medesima. Rese così di poca pratica importanza l'*unde vi* per gl'immobili, mentre aprì la via di avere durevolmente la cosa, unito il solito vantaggio degl' interdetti di vincere senza provare il dritto propriamente detto [2]. Se dunque l'*utrubi* cessava d'assistere chi volesse ricuperare il possesso de' mobili perduto colla violenza; c'era cotesta nuova via egregia, nè eran da fare traimenti dell'*unde vi*, che per la stessa via era

---

[1] BRUNS *Besitzkl. p. 175, segg.* e MACHELARD *pag. 233*, negano questo vuoto, sostenendo, che l'*utrubi* ha nel dritto nuovo la stessa forza ricuperatoria che trovano nell'*u. p.* in forza della clausula *nisi vi, clam, precario ab adversario*. Già dimostrammo § 692 segg., che questa clausola non ha per se alcuna forza recuperatoria. Anche all'*utrubi* nella sua nuova forma spettano le parole di Giustiniano *§ 4, I. de interd.* « Ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet », e le interpolate nella *l. 1, § 1, utrubi* (§ 703) onde apparisce, che il possesso si richiede in noi sempre nell'epoca dell'intentato interdetto onde possiamo vincere pienamente in esso, nè ci basta per la piena vittoria che l'avversario possegga viziosamente da noi.

[2] Credo, che abbiano questo significato le poche parole che MAYNZ *§ 176 n. 18* pronuncia nella nostra questione. — Aggiungo, che TEOFILO *ad § 6, I. de interd.* dopo aver parlato dell' *unde vi* ed averne esposta la natura, prosegue « 'Αλλὰ ταῦτα μεν οἱ παλαιοί · αἱ δὲ διατάξεις (ὡς εἰρήκαμεν ἤδη) βούλονται, ἐι μέν τις τὸ οἰκεῖον πρᾶγμα ἀπέστασε βίᾳ, στερεῖσθαι ἀυτὸν τῆς ἀυτοῦ δεσποτείας etc. »; in piena armonia colla nostra riflessione.

reso, siccome ho detto, di poca importanza anche per gl'immobili. In ultimo, torna che in materia d'interdetti non si tratta di difendere dritti propriamente detti, che non si possono senza vuoto ingiusto lasciare privi di difesa. Si danno soltanto con prudenza quanti e quando se ne prova il bisogno ai tempi che corrono: ed è cosa da lasciarsi all'apprezzamento pratico, nella quale valgon poco gli astratti ragionamenti. Anche negl'immobili occupati clandestinamente, non solo rimase senza interdetto al tempo della giurisprudenza non ben matura chi così perdeva il possesso (§ 306); ma anche nella più recente giurisprudenza, se avveniva, che l'antico possessore reso consapevole deponesse l'animo di tornare, esso perdeva il possesso e per molti secoli non ebbe interdetto (§ 721). Gl'interdetti *recuperandae* (che si danno con minore facilità dei *retinendae* § 707) non sono stati direttamente introdotti pel possesso di cose mobili perduto per violenza. Anche nell'*utrubi* la ricupera venne *per consequens,* e non fu nel diretto pensiero e nella mira principale degli autori del dritto (§ 702). Onde nella *l. 1, § 6, de vi* Ulpiano, al quale era pure ben presente tutta l'importanza dell'*utrubi*, enumerando i rimedi pel ricuperare i mobili, passa sotto silenzio questo interdetto. Quindi, poste anche da parte le altre riflessioni che abbiamo fatte, non recherebbe meraviglia, se mutato dalla pratica (§ 703) l'interdetto *utrubi* così da non più giovare che agli attuali possessori, la mancanza di questo suo ufficio meramente pratico non fu rilevata, e non fu supplito con altri rimedi ricuperatorii di possesso [3].

§ 737.

Ne'cangiamenti indotti dal dritto nuovo merita di essere accuratamente segnalato quello di essere stato tolto quanto all'*unde vi* semplice il rigore all'eccezione *Nisi vi, clam, preca-*

---

[3] Vedemmo (§ 326) un caso di speciale natura, e degno di larga protezione, nel quale Giustiniano *l. 12, C. de acq. et ret. poss.* indusse un rimedio ricuperatorio del possesso per le cose anche mobli.

rio a me; equiparato così questo interdetto a quello *de vi armata* (§ 739). Il testo che abbiamo su questo proposito nella collezione giustinianea è il *§ 6, I. de interd.* « Nam ei (dejecto) proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem: licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possideat. ». Il tenore di questo discorso di Giustiniano dimostra, che questa non è cosa introdotta da una nuova costituzione sua. È assai probabile ciò, che, già accennato da Schulting, è sviluppato da Savigny *pag. 436 seg.*; che cioè sia questa una conseguenza delle costituzioni, per le quali fu così ampiamente proibita la violenza fino a far perdere la proprietà che fosse al violento appartenuta. La generalità della disposizione e la severità della medesima non sarebbero state d'accordo con lasciarci la licenza della forza espulsiva contro chi viziosamente possedesse da noi [1]. — Come questo nuovo dritto si concilii col considerarsi tuttora per possessore colui, al quale ha un altro clandestinamente occupato il fondo, cf. § 167.

§ 738.

Però se in dritto nuovo non si ammette più contro l'*unde vi* la eccezione *Nisi vi etc.;* non per questo si deve credere, che secondo esso dritto nuovo possa esperimentare l'interdetto chi venne respinto colla forza mentre esso aggrediva. Se gli venisse in mente di tentare l'interdetto medesimo, anche per dritto nuovo perderebbe, perchè non può dirsi affatto *dejectus* chi solo non riescì ad operar deiezione, ne' *dejiciens* chi solo mantenne il possesso proprio, *l. 1*, *§ 28*, *vers. Sed qui*, *de vi* (§ 158). — Per simile ragione anche per dritto recente esperimenterebbe indarno l'*unde vi* colui, che riuscì nella lotta a trar fuori del fondo il possessore, ma dal medesimo immediatamente (*ex continenti*, *in ipso congressu*) venne a forza ricacciato. Imperocchè quantunque in quest'ultimo atto esso in

[1] Questa è ancora l'opinione di MACHELARD *pag. 254 seg.*, di BRUNS *Das Recht des Bes. p. 73*, di MOLITOR *pag. 142* ecc.

verità fu cacciato, pure, per essere tale atto contestuale al primo con cui esso cacciò, si considera con questo come atto individuo, e tutti e due si riguardano come fasi di una lotta, dove, restando al fine al possesso che vi era per lo innanzi, il risultato si considera meramente come difesa di possesso. Così questo caso ricade nel disposto di *d. l. 1, § 28, vers. Sed qui, de vi.* Questa regola aveva le sue applicazioni nel dritto antico. Mi cacciavi colla forza dal fondo, io ti ricacciavo *ex continenti.* Tu non potevi esperimentare contro di me l'*unde vi*; non già perchè io mi difendessi colla eccezione *Nisi vi etc.*, ma perchè non ti avevo deietto. Ovvero io ti avevo cacciato colla forza, tu mi avevi ricacciato immediatamente, poscia io ti cacciavo di nuovo. Tu esperimentavi utilmente contro di me l'*unde vi.* Non perchè io potessi eccepire contro di te col *Nisi vi etc.* e tu superar l'eccezione con una simile replica [1]. Sibbene perchè quel tuo ricacciarmi è considerato come mera difesa, e l'unico cacciato alla fine sei tu, *l. 17, de vi.* [2].

§ 739.

L'interdetto *de vi armata* regola pur esso il solo possesso, benchè non sia punto effetto del medesimo (§ 112). La gravità e l'importanza dell'ordine pubblico, alla conservazione del

[1] Che il *Nisi vi etc.* potesse probabilmente venire adoperato anche come replica, è difeso da MACHELARD *pag. 254.*

[2] È qui opportuno lo avvertire, che la stessa regola aveva applicazioni anche nell'interdetto *de vi armata.* Mi cacciavi senz'armi, ti ricacciavo immediatamente armata mano. Tu non potevi esercitare l'interdetto *de vi armata,* quantunque contro questo interdetto non valesse generalmente neppure in dritto antico l'eccezione *Nisi vi etc.* (§ 739). Giacchè il mio ricacciarti, qualunque esso sia stato, è considerato come difesa a mantenimento dell'antico mio possesso. Ovvero mi cacciavi colle armi, ed io colle armi ti ricacciavo contestualmente. Non potevi esercitare l'interdetto medesimo. Non per la ragione, che io ti escludessi colla eccezione *Nisi vi etc.*, la quale pare che potesse opporsi anche all'interd. *de vi armata* quando l'ultimo deietto colle armi avesse anch'esso colle armi deietto l'altro per lo innanzi (d. § 739): ma perchè tu per quella regola non sembravi scacciato affatto, *l. 3, § 9, de vi.*

quale questo interdetto fu introdotto [1], ne rese più facile l'uso di quello che non si verificasse nell'interdetto *de vi* semplice. — 1° Vedemmo d. § 112, che il *de vi armata* si dava anche ai semplici detentori, Cicer. *pro Caec. c. 32.* — 2° Non si poteva ad esso opporre la eccezione *Nisi vi, clam, precario a me, l. 14, de vi, Gaj. IV, 155* [2]. Sembra però, che tale eccezione avesse luogo, se l'impetrante avesse espulso per primo colla forza non semplice ma armata; nel qual caso, tornando anche a suo carico l'odio singolare della forza armata, non c'era motivo per non dargli contro la eccezione. Ciò può argomentarsi ancora da un passo di Cicerone *Ad famil. VII, 13.* Scherza Tullio coll'amico Trebazio giureconsulto, che militava con Cesare, nel senso che la sua giuriperizia non poteva valergli gran fatto in quella soldatesca situazione, e riferendo il discorso all'interdetto *de vi armata* prossimo a tale posizione di Testa. Non potrai, dice, giovarti della tua scienza sperimentando tale interdetto: mentre non potresti spiegare la tua abilità nel difenderti dalla eccezione *Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris* (nel che suol dimostrarsi la valentia di chi esercita l'interdetto medesimo); non essendo possibile che tale eccezione ti fosse opposta, attesa la tranquilla tua indole, che, anche essendo adoperato in atti violenti, non ti porrà mai a repentaglio di venire per primo alle mani. « Tantum metuo, ne artificium tuum tibi parum prosit... tu soles ad vim faciundam adhiberi, neque est, quod illam exceptionem in interdicto pertimescas: Quod tu prior vi hominibus armatis non veneris. Scio enim, te non esse procacem in lacessendo. » [3]. — 3° Non era luogo nel *de vi armata* alla prescrizione annale. Cicerone *Ad*

---

[1] CICER. *pro Tull. c. 20* (d. § 112).

[2] Anche CICERONE *pro Caec. d. c. 32* « In illa vi quotidiana non satis est posse docere se dejectum... nisi docet ita se possedisse, ut nec vi, nec clam, nec precario possederit... hunc vero, qui ab jure, officio, bonis moribus ad ferrum, ad arma, ad caedem confugerit, nudum in causa, destitutumque videtis »; e già sopra avea detto *cap. 8* « His rebus gestis, P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, De vi, hominibus armatis, sine ulla exceptione, tantum, ut, unde dejecisset, restitueret ».

[3] Cf. KELLER *Semestr. I, p. 330 segg.*, SCHMIDT *p. 98 seg.*

famil. XV, 16. « Tento enim te quo animo accipias. Si enim stomachabere et moleste feres, plura dicebimus postulabimusque, ex qua haeresi, vi, hominibus armatis dejectus sis, in eam restituere. In hoc interdicto non solet addi: In hoc anno. Quare si biennium aut triennium est... in integro res nobis erit. » — 4° L'interdetto *de vi armata* si dava anche contro il padre e il patrono, *l. 1, § 43, de vi.*

§ 740.

Si disputa se l'interd. *de vi armata* abbia ancora l'altra specialità, che quantunque sia restitutorio, pure non potesse colui, contro cui veniva impetrato, ottenere con la solita domanda, opportunamente fatta, di litigare colla *formula arbitraria*, anzichè col pericolo della sponsione. È tale specialità sostenuta da Huschke *Studien p. 15*, da Keller *Semestr. I, 340;* impugnata poi da Schmidt *pag. 267*, col quale io penserei. Infatti Huschke e Keller si appoggiano sul *cap. 3, pro Caec.* dove Cicerone difende il suo Cecina dal rimprovero fattogli di avere nell'interd. *de vi armata* scelto un troppo rigido rimedio. Ora, dicono, se Ebuzio avesse avuto la facoltà suddetta, Cicerone avrebbe a simile rimprovero risposto precisamente mettendo questa in luce; ma invece non lo fa. Se non che quel rimprovero rivolto contro Cecina, del quale tratta l'oratore, non era di aver scelto un rimedio troppo duro in vista del pericolo della *sponsio*, ma sibbene in riguardo del pericolo della *existimatio*, come risulta dal *cit. cap. 3*, dal precedente *cap. 2*, e dal susseguente *cap. 4*. Infatti, quantunque gl'interdetti *de vi* non siano famosi direttamente *l. 13, de vi*, lo sono mediatamente in quanto che fanno *praejudicium* al pubblico giudizio delle leggi giulie *l. 4, de publ. judic.*, ed all'*actio injuriarum.*

§ 741.

Delle quattro differenze, che abbiamo segnalate in dritto antico fra il *de vi* semplice e il *de vi armata*, la sola quarta rimane in dritto giustinianeo; perchè alla *l. 1, § 43, de vi* non

troviamo fatte mutazioni posteriori. La prima e la terza non compariscono nel Digesto, non furono accettate dai compilatori. Anzi nel senso di abolire la terza è stata interpolata la *l. 3, § 12, de vi*, dove a proposito dell'interdetto promosso « quod quis armis dejiceretur » si legge « post annum reddetur in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit »; cosa osservata saviamente da Cujacio *V, obs. 20* [1]. La seconda non esisteva all'età di Giustiniano, siccome vedemmo (§ 737) sul *§ 6, I. de interdict.* A quel poco di differenza, che resta fra i due interdetti, si deve, a quel che credo, lo essere la rubrica del tit. 16, lib. 43, ff. concepita di ambedue « De vi et de vi armata »; e il trovarsi qua e là fatta menzione del *de vi armata*, come p. e. si scorge frequentemente nella *l. 3, de vi*, e si rinviene nella *l. 2, § 3, vers. Recuperandae, de interd.* (§ 605).

De precario.

§ 742.

Secondo le nostre idee, esposte § 602, non facciamo opposizione alcuna alla denominazione *recuperandae possessionis* applicata da molti all'interdetto *de precario*, quantunque sia nostro avviso, che esso non regoli il solo possesso, e perciò sia fuori del nostro trattato. Savigny *pag. 447 seg.* contò l'interd. *de precario* fra quelli, che chiamansi ordinariamente possessorii, ossia che sono diretti a decidere pienamente del solo possesso. Dopo Savigny è questa l'opinione dei più. Ma non mancano gravi autori, che si sono dichiarati contro: Jhering *pag. 75 seg.*, Bruns che accennò ad opporsi a Savigny nel *Recht des Bes. p. 62*, e sviluppò gagliardamente tale opposi-

---

[1] CUJACIO con pari acume nota *loc. cit.* e *X, 578, A*, l'improprietà della parola « prohibuit », mentre doveasi scrivere « dejecit ». SCHMIDT *pag. 121* crede che il « prohibuit » invece di « dejecit » debbasi attribuire agli amanuensi, indotti in errore dai prossimi *§ 13, 14, d. leg. 3*, nei quali si parla di proibenti.

zione nelle *Besitzkl. p. 181 segg.* [1]. Savigny fu indotto a quel suo avviso dal credersi in dovere di trovare un interdetto contro ognuno de' tre viziosi possessi contenuti nella famosa eccezione *Nisi vi, clam, precario.* Mentre in verità non v'è fra questa e la dazione degl' interdetti alcuna logica connessione; onde vedemmo § 306, che neppure anticamente v'era interdetto *de clandestina possessione.* Mossa da punto di partenza inesatto, l'opinione di Savigny non regge all'esame. Affinchè si dia l' interdetto *de precario* nessun testo domanda possesso civile avuto dall' impetrante; lo che sarebbe del tutto indispensabile per formarsi d'un interdetto *recuperandae,* che difendesse il possesso, tale concetto, da metterlo alla pari coll' interdetto *unde vi* (§ 112). Un depositario, un colono danno a precario; hanno certamente l' interdetto *de precario* per ripetere. Indarno Randa, fautore della sentenza di Savigny, risponde *pag. 127,* che il detentore collo stesso dare un precario oltre la sua detenzione, si appropriò il possesso. Se la risposta vale pel precario fatto dal detentore *ut possideret,* non vale per l'altro fatto *ut in possessione esset.* Randa non nega, che anche in questo secondo caso competa a quel detentore l' interdetto; ma ricorre a dire *ib. not. 37,* che ciò è eccezionale, mentre regolarmente l' interdetto è dato al possessore. Asserzione, che non scioglierebbe l'argomento, ed inoltre gratuita. Il pretore per dare il *de precario* richiede solamente, che siasi da chicchessia dato e ricevuto a precario « Quod precario *ab illo* habes... *illi* restituas » *l. 2, pr. de prec.*

§ 743.

A questo argomento un altro, parimenti poderoso, aggiungono gli oppositori di Savigny [1]. È questo desunto dalla

[1] Contro Savigny pensano del pari in Germania Dankwardt *Precar. und Emph. in Iher. Iahrb. 14, pag. 310,* Meischeider *pag. 368,* Pernice *Anzeig in Zeitschr. f. H. R. 20, pag. 636;* ed in Italia Padelletti *Arch. giurid. XV, pag. 23,* e Scialoja nella sua interessante monografia *Sopra il precar. nel dr. rom. p. 51 segg.*

[1] Per dovere di esattezza aggiungo, che qualch'altra argomentazione fatta contro Savigny non mi sembra punto sicura. Così alla *l. 18, de precar.,*

ragione stessa di esistere, che ebbe il nostro interdetto. Era anticamente il precario destituito d'azione civile; non era da questa fermato l'obbligo, che pur dalla convenzione derivava, di restituire a richiesta; non da essa era garantito il corrispondente diritto [2]. A riempire cotesta lacuna il pretore si mosse per primo, e propose l'interdetto *de precario*. « Interdictum de precario merito introductum est: quia nulla eo nomine juris civilis actio esset » *l. 14*, *de prec.* « Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est » *l. 14*, *§ 11*, *de furt.* [3]. Dunque l'interdetto non è stato introdotto per re-

---

invocata da JHERING *pag. 76*, risponde puntualmente RANDA *pag. 127*, osservando che ivi si forma un costituto possessorio a favore del concedente, che così è divenuto possessore nell'istessa composizione del precario. — Nè conchiude con sicurezza la riflessione di BRUNS *Besitzkl. p. 183, fi.*, che contro l'interd. *de precario* non si dia l'*exceptio vitii*. Mentre neppure altri interdetti la ricevono, che pur regolano il solo possesso; come una volta il *de vi armata* ed oggi anche quello *de vi* semplice. — Neppure prova solidamente il silenzio degli autori del dritto sul caratterizzare l'interd. *de precario* così come Savigny ed i suoi seguaci lo caratterizzano; benchè Jhering *ibid.* ne faccia argomento. Basta osservare, come non ingiustamente rimarca Randa *ibid.*, il poco peso che dalle fonti nostre è dato al sistema. — Parimenti non dà buon argomento la riflessione, che l'interdetto si trovi accordato agli eredi del dante a precario *l. 8, § 1, l. 12, § 1, de prec.*: poichè se il possesso, cosa di fatto, non passa agli eredi (§ 68), possono però passare ai medesimi que' rapporti giuridici che nacquero dal possesso de' loro autori; un esempio nella *l. 1, § 44, de vi.*

[2] Ciò viene attribuito da alcuni al formalismo del dritto antico (RANDA *p. 196, n. 26*, MOLITOR *pag. 148*); meglio da altri alla storica origine del precario, che, come vedemmo § 129, collegavasi colle intime relazioni di dipendenza de' clienti verso i patroni, e, aggiungo per la *l. 14, § 11, de furt.*, colle disposizioni di liberalità di questi verso quelli: (SAVIGNY *p. 453*, MACHELARD *pag. 264*, MAYNZ *§ 329*, e lo stesso MOLITOR *ib.*).

[3] Come fu data in seguito l'azione *praescriptis verbis*, vedi § 370. — RANDA non risponde a questo argomento. Anzi in altro punto della sua pregevole opera, *pag. 196, not. 26*, concede, che l'interdetto fu dato a difesa del dritto obbligatorio alla restituzione; lo che non vedo come si accordi colla opinione che esso abbraccia nell'attuale questione. Anche a *pag. 128* scrive, che questo interdetto non cade sotto il principio fondamentale di tutte le azioni possessorie.

golare il solo possesso, ma bensì per difendere un dritto nato da convenzione. E praticamente non determina il solo stato di fatto, ma decide pienamente nel suo sviluppo una questione di dritto. Quindi è, che contro l'esercizio del *de precario* si dà la *exceptio dominii*, *l. 4*, *§ 3*, *de prec.*, appunto per la ragione della invalidità della convenzione in discorso « idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse » [1].

Interdetto contro i *missi in bona*.

§ 744.

Agl' interdetti *recuperandae* spetta anche quello chi si dà a coloro che hanno sofferto una *missio in bona*, onde in certi eventi ricuperino il possesso naturale, che per parte indivisa perderono con la *missio* medesima (§ 117), *l. 11*, *ut legator. seu fideic. serv. caus. cav.*, *l. 5*, *§ 2*, *3*, *quib. ex caus. in poss. eat.*, *l. 40*, *de solut.* Ma non spetta al nostro trattato, perchè non fu introdotto esclusivamente per regolare il possesso, ma può anche definire la questione di dritto. Imperocchè compete ogni qual volta è ingiusto che i *missi* rimangano al possesso. Quindi non solo se si dia quella cauzione o s' intraprenda quella difesa, l'omission delle quali fu causa immediata della missio, *d. l. 11, d. l. 5*, *§ 2*, *3*; ma anche se si provi, che il credito dei *missi* non sussiste, p. e. perchè questi sono stati pagati, *d. l. 40*, o (tengo per certo) se si provi essere falso il detto credito ovvero sottoposto ad eccezione arg. *l. 1*, *§ 5*, *ne vis fiat ei etc.* Ecco indotta la piena questione del dritto, dal che viene questo interdetto portato fuori del nostro trattato.

---

[1] Ricordavamo or ora § 742 quel che sostenemmo § 306, che cioè oltre gl' interdetti ricuperatorii dati per il caso della forza e quello del precario mai ve n' è stato uno *de clandestina possessione* per il caso del possesso clandestinamente occupato da altri.

Articolo Quarto.

Gl'interdetti duplici nel senso della l. 2 § 3, ff. de interdictis.

§ 745.

Abbiamo parlato degl'interdetti, che hanno un carattere spiccato, o *adipiscendae*, o *retinendae,* o *recuperandae possessionis*. Alcuni interdetti possono avere or una or altra funzione, chiamati perciò « duplicia » da Paolo *l. 2*, *§ 3, ff. de interd.*; in senso ben diverso dalla simile denominazione che vedemmo data all'*uti possidetis* ed all'*utrubi*. Questo famoso passo di Paolo è così concepito « sunt interdicta (ut diximus) duplicia, tam recuperandae, quam adipiscendae possessionis ». Sono noti gli sforzi fatti dagli antichi interpreti, e il disperar di Cujacio *III, 96*, per dare esempi. Dopo la scoperta fatta da Endlicher nella biblioteca imperiale di Vienna a. 1835 de'frammenti delle istituzioni d'Ulpiano, tutti gli scrittori sono d'accordo nel fissare due esempi, nell'interdetto *quem fundum* e nell'interdetto *quam hereditatem*. Benchè questi due interdetti non siano effetti del possesso e sue difese (§ 57), pure appartengono al nostro trattato perchè regolano direttamente il solo possesso.

Quem fundum.

§ 746.

Il reo convenuto, che non ammetta l'istanza dell'attore, è in dovere di assumere la difesa, onde sia all'attore medesimo resa possibile la persecuzione del proprio diritto. Se egli manca a tale dovere, già vedemmo che sovente si dà contro di esso la *missio in bona* (§ 114). In alcuni casi, si adotta un

rimedio di diversa natura. Parlai nel mio libro *De obligationib. pag. 519* delle cauzioni, che nei giudizi reali deve prestare il reo convenuto. Se si ricusi, non sembra che *uti oporteret, rem defendat.* Il rimedio analogo è di toglierglì il possesso della cosa, oggetto del giudizio, e di trasferirlo nell'attore; cosicchè se vorrà quindi valersi del dritto proprio, sarà costretto ad assumere esso le parti d'attore col relativo peso della prova. Così Diocl. Massim. *l. 1, C. u. p.* » satisdationis, vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet »: testo, che trovasi così riportato ne' basilici *L. 3, 62, Heimb. V, 63,* « καὶ λοιπὸν ἢ τὰ ἱκανὰ δίδωσι καὶ ὑποδέχεται τὴν τὰ ἴδια ἐκδικοῦσαν ἀγωγήν, ἢ οὐ δίδωσι καὶ μεταφέρεται ἐπὶ τὸν ἄλλον ἡ νομή ». » — Parimenti se mentre alcuno vuole agire colla R. V., il possessore neghi per menzogna il proprio possedere, lo che è anche mancanza all'obbligo di difesa; lo stesso rimedio è adoperato, come riferisce Furio Antiano *l. 80, de R. V.* — La translazione del possesso in queste due ipotesi si fa per mezzo d'un interdetto dato all'attore, detto *quem fundum* dalle prime parole della formola; interdetto, del quale è un cenno nel *§ 92, fr. vatic.*, e più ampiamente si parla nel detto *fragm. vindobon. IV, 1,* « (tam) adipiscendae quam recuperandae possessionis, qualia sunt interdicta quem fundum, et quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur[1], cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi, sive ante possedi, deinde amisi possessionem ». Ecco l'interdetto duplice. *Adipiscendae*, se l'attore mai ebbe posseduto la cosa; *recuperandae*, se l'aveva una volta posseduta e quindi avea perduto tale possesso. Così si comprende perchè lo scoliaste *Basil. LX, 17, 30, Heimb. V, 594*, nel parlare della traslazione del possesso per rifiutate cauzioni nel senso stesso della *d. l. 1, C. u. p.*, dice che la medesima si fa secondo la forma dell'editto « ὁ δὲ περὶ τού-

---

[1] Quantunque nel brano di pergamena, dove questo frammento fu rinvenuto, non si legga distintamente la parola « lis » e facilmente potrebbe scambiarsi per un « his »; non è però accettabile la congettura di HUSCHKE *Jurispr. antejust. p. 526,* che vorrebbe leggere « nec *is* defendat ».

του (ούτι ποσσιδέτις ίντερδίκτου)νικήσας τὸν ἀγῶνα λήψεται τὴν νομήν, ἀπαιτηθεὶς ἱκανὰ τὴν ἰν ρέμ ὑποδέχεσται. εἰ δὲ μὴ δίδωσι τὰ ἱκανά, μετατίθεται ἡ νομὴ ἐπι τον ἕτερον κατα τὴν τοῦ 'ἐδίκτου νεμοθεσίαν ». — Non fa ostacolo, che Furio Antiano *d. l. 80, de R. V.* dica che il possesso vien trasferito « per judicem »; poichè trattandosi di un *decretum*, e non d' un' *interdictum* propriamente detto, ossia trattandosi d'un interdetto restitutorio e non d'uno proibitorio (§ 59), era assai usato il litigare per mezzo della *formula arbitraria* (ib.), nella quale il giudice dava primieramente il suo arbitrio diretto alla *restitutio*, e, questa non fatta, veniva alla condanna; *Gaj. IV, 163* « nam judicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur: quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur »[2]. — Non è da omettere che, come in genere alla ordinaria dazione degl' interdetti facilmente si suppliva con rimedi straordinarii (§ 62, n. 3), così invece dell'interd. *quem fundum* si dava senza difficoltà dal magistrato una *missio* ristretta al possesso della cosa domandata, *l. 20, § 1, de interr. in jur. fac.*[3].

Quam hereditatem.

§ 747.

Anche colui, che vien convenuto colla H. P. deve satisdare *judicatum solvi.* Se nol faccia, il possesso è nel petitore trasferito, *Paul. I, 11, 1.* « Quoties hereditas petitur, satisdatio jure desideratur; et si non detur, in petitorem satisdantem hereditas trasfertur ». Ciò si eseguisce coll' interdetto *quam hereditatem, fragm. vindob. IV, 1.* Già prima che la formola petitoria venisse applicata alle controversie di eredità, quando

[2] Cf. BETHMANN *II, pag. 569.*

[3] RUDORFF, non ben distinguendo i due rimedi, nella *Zeitschr. f. g. RW. IX, 2, pag. 11* riduce lo stesso interdetto alle *missiones in bona* mischiando senza alcun giusto motivo le medesime nel concetto di quello.

due soli erano i modi di trattarle, o *legis actione* avanti ai centumviri o *per sponsionem* [1], se colui, che era costituito possessore secondo l'editto *de bonorum possessionibus,* al sopravvenire d'un contradittore sul gius ereditario, non si prestava a fare le sponsioni che avean luogo in ambedue que' procedimenti [2]; era il medesimo punito in un capo dell'editto stesso, intitolato: *Si possessor sponsionem non faciet*, Cicer. *Verr. II, 1, 45*, (§ 614).

Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.

§ 748.

Ma coi due interdetti *quem fundum* e *quam hereditatem* e col simile *quem usumfructum* del quale parleremo trattando degli interdetti relativi alla *j. q. p.*, non credo esauriti gli esempi degl' interdetti duplici nel senso della *l. 2*, *§ 3*, *de interd.*; e penso, che ve ne siano anche espressi nella collezione giustinianea. — Credo, che tale sia l' interdetto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, del quale parlai § 118. Non importa, che i *missi* sian per avere o abbiano possesso meramente naturale; basta questo per chiamare detto interdetto *adipiscendae* o *recuperandae possessionis* per le cose osservate § 605. Che poi il medesimo sia diretto ora ad acquistare il possesso ora a ricuperarlo, non è difficile la prova. La concezione della sua formola è d'interdetto proibitorio, *vim fieri veto*, *l. 4*, *pr. ne vis fiat etc.* Ulp.; forse nella sua integrità così composta: *Quarum rerum illi in possessione esse a me eove cujus ea jurisdictio fuit permissum est, quominus ille ibi sit, vim fieri veto* [1]. Nè contradice Ulp. stesso quando nella *l. 3*, *§ 2*, *eod. tit.* in occasione della *missio ventris nomine* afferma « hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est ». Questo passo va spiegato così, che il *ne vis fiat ei etc.* sia tecnicamente proibitorio; restituto-

[1] Cicer. *Verr. II, 1, 45,* junct. *Gaj. IV, 31, 92-95,* (§ 616).
[2] *Gaj. IV, 94, 95.*
[1] Vedi Schmidt *pag. 68.*

rio poi mai tecnicamente (ossia colla formola *restituas*), perchè gli obbligati da tale interdetto non debbono fare alcuna prestazione positiva, ma soltanto soffrire, prestar pazienza, astenersi dall'opposizione contro i *missi* che vengano al possesso. *l. 1*, *§ 1*, *eod.* Però restitutorio quanto agli effetti pratici. Dappoichè la surriferita formola non solo giova ai *missi* per acquistare il possesso, a cui mai vennero, nel qual caso l'interdetto è *adipiscendae;* ma anche per ricuperare il possesso prima acquistato, da cui poscia erano stati cacciati, allo scopo di non essere proibiti nel ritorno *l. 1*, *§ 3*, *eod.*, nel quale aspetto l'interdetto è *recuperandae.* Ed in questo secondo aspetto può dirsi impropriamente, e quanto ai risultati, interdetto restitutorio [1]. — Però questo interdetto non appartiene al nostro trattato. Non è certamente effetto e difesa del possesso (d. § 118); e neppure è stato introdotto a fine di regolare il solo possesso. Imperocchè ammette la piena discussione del dritto del credito, che il *missus* asserisce *d. l. 1, § 5*, e così eccede la semplice questione di possesso. — Che questo interdetto si applichi anche ai *missi ex secundo decreto*, vedemmo § 268.

---

[1] Giusta osservazione di Schmidt *pag. 68 seg.* — Non con eguale felicità Schmidt *pag. 69, n. 55, pag. 88, n. 11,* dice degl' interdetti *de loco publico fruendo* e *de aqua ex castello ducenda,* che siano *adipiscendae, retinendae* e *recuperandae possessionis.* Osta, che la loro formola *vim fieri veto* (*l. 1, pr. de loc. publ. fr.,l. 1, § 38, de aq. quot.*) non potrebbe in tali interdetti convenire alla funzione d'acquistare e di ricuperare; perchè l'acquisto del possesso dell'*agri vectigalis*, o dell'acqua da prendersi dal castello, come anche la restituzione del medesimo dopo essere stato tolto, non potrebbero ordinariamente farsi senza operare attivo per parte di colui contro il quale gl' interdetti si rivolgessero. La formola *restituas* sarebbe necessaria. Osta inoltre quanto al *de aqua ex castello ducenda,* che è da Ulp. trattato come appendice agl'interdetti *de aqua quotidiana* e *de aqua aestiva,* ambedue *retinendae* soltanto (§ 762, n. 1), *d. l. 1, § 38, segg.;* dunque pur esso è tale. Osta finalmente, che si avrebbero degl' interdetti *triplicia,* de' quali e Paolo *l. 2, de interd.* e ogni altro autore del nostro dritto tace assolutamente. — Di altri interdetti, che Schmidt pensa a torto essere *retinendae* e *recuperandae,* ved. d. § 762, n. 1.

De arboribus caedendis.

§ 749.

Finalmente come appendice a questi interdetti duplici, ***adipiscendae*** e ***recuperandae possessionis***, possono essere posti i due ***de arboribus caedendis***. Uno compete al padrone del predio urbano, l'altro al padrone del predio rustico, sopra cui stenda i rami l'albero del vicino, all'effetto di tagliare i rami stessi ed appropriarseli, se il detto vicino non voglia esso tagliarli, ***l. 1, pr., § 7, de arbor. caed.*** Ancor questi hanno la concezione proibitoria ***vim fieri veto, ibid.***; perchè non impongono direttamente atti positivi, ma sofferenza in colui contro il quale sono impetrati. Hanno per iscopo il possesso nel senso che sono diretti a togliere quel che diminuiva l'integrità del possesso del fondo nell'impetrante. Ossia tendono a fargli acquistare, se esso mai l'aveva avuta, o ricuperare, se l'aveva avuta e poi perduta (secondo che i rami pendevano sul fondo da lui acquistato fin dall'epoca del suo acquisto, o cominciarono a pendere dopo), una qualità miglioratrice e perfezionante il suo attuale possesso della casa o del terreno (cf. § 684, 753, n. 5). — Quest'interdetti non spettano al nostro trattato per ragione simile al ***de glande legenda*** (§ 705); vale a dire perchè difendono un esercizio estensivo dei dritti di dominio, o, secondo interpretazione (*d. l. 1, § 4*), dei dritti di usufrutto; onde la esistenza di tali dritti si richiede per vincere nei medesimi; « in aedes ***illius***, in agrum *illius* », *d. l. 1*, ***pr., § 7***[1]. Pertanto il giudizio su tali interdetti definisce, che l'impetrante ha il dritto propriamente detto, che gli alberi del vicino non pendano a quel modo, dritto stabilito fin dalle leggi delle dodici tavole, *l. 2*, ***eod.***

---

[1] Così bene, dopo Accursio nostro, Schmidt *pag. 93*.

CAPO TERZO.

Degl' interdetti relativi alla *juris quasi possessio.*

§ 750.

Dagl'interdetti, che spettano al possesso, passando a quelli, che riguardano la *juris quasi possessio*, fissiamo la indagine così: Lo stato di fatto, che si presenta come esercizio di servitù, è certamente scopo di molti interdetti: or bene quali di quest' interdetti son posti veramente dalle leggi nostre in relazione colla *j. q. p.?* E, trovati questi, quali fra i medesimi possono dirsi effetto e difesa della *j. q. p.*, o almeno introdotti direttamente per regolarla, sicchè spettino al nostro trattato; quali invece sono da annoverarsi fra gl' interdetti che *rei persecutionem continent*, ossia definiscono la questione di dritto, e riguardano la *j. q. p.* solo come conseguenza di ciò, estranei dunque al trattato nostro? — Osservammo § 452, che i principii da noi stabiliti sulla *j. q. p.* ci avrebbero fatto conoscere le giuste applicazioni che in dritto romano si fanno della medesima nella materia d' interdetti. Dicevamo *ibid.*, che la *j. q. p.* non è stata introdotta per gl' interdetti; e che se trovasi adoperata talvolta nei testi anche per quelli, ciò è solo perchè era già stata introdotta per le quasi usucapioni delle servitù. Aggiungevamo, che non trovandosi la *j. q. p.* quanto agl' interdetti sopra un terreno proprio e nativo, ne deriva, che non ogni qual volta rapporto ad una servitù trovasi nel dritto romano riconosciuta la *j. q. p.*, vi si debbano trovare sempre interdetti in relazione colla medesima; come avrebbe dovuto essere, se la *j. q. p.* fosse stata inventata per gl' interdetti. Ora applichiamo queste massime generali, siccome l'ordine del nostro trattato richiede.

§ 751.

Appunto perchè la *j. q. p.* non è stata indotta per gl'interdetti relativi alle servitù, e perciò non è necessario trovare tali interdetti in costante rapporto con essa; spiega tutto il suo vigore la seguente osservazione: Ragion vuole, che gl'istituti, i quali portano con loro un carattere d'improprietà, debbano essere per ciò stesso adoperati il meno possibile. La *j. q. p.* ha nota d'improprietà non solo nella nominale espressione (§ 423), lo che non molto importerebbe, ma sovente nella sostanza stessa. Dessa consiste sostanzialmente in un possesso sulla cosa servente (§ 424) [1]: ma questo possesso si trova propriamente quanto alle sole servitù personali, mentre nelle urbane positive si trova impropriamente, e più impropriamente ancora nelle sue parziali applicazioni alle rustiche (§ 424, 445). Quindi segue, che nelle personali, ove la *j. q. p.* non ha alcuna sostanziale improprietà, questa è adoperata francamente nel dare gl'interdetti. Ma nelle reali o prediali si deve adoperarla il meno possibile. Ossia primo, è d'uopo astenersi più che si può dal dare interdetti diretti a regolare l'esercizio delle servitù prediali, il quale, dopo costituita e ampliata la *j. q. p.*, si presenta ormai a prima giunta appunto come *j. q. p.* Secondo, laddove si creda opportuno il darli, convien cercare con diligente esame di evitar l'uso relativo della *j. q. p.*, indagando se accanto al possesso improprio sul fondo servente, che la costituisce, si possa rinvenire un altro vero possesso distinto da quello; cosicchè riportando l'interdetto a questo ottengansi gl'istessi risultati che si otterrebbero se venisse riportato a quello. Su queste regole parliamo dettagliatamente prima delle servitù personali, e quindi delle prediali.

---

[1] Ripeto qui quel che già avvertii § 419, n. 1, che per brevità chiamo fondo servente, fondo dominante, quello su cui, a prò di cui, si esercita la *j. q. p.* anche senza vero dritto di servitù. Nell'istesso senso parleremo talvolta di esercizio di servitù ecc. per significare lo stato di fatto che corrisponde all'esercizio della servitù ecc.

§ 752.

Sendochè nelle servitù personali la *j. q. p.* consiste sostanzialmente in un vero possesso della cosa servente; sono dati gli stessi soliti interdetti, che il possesso della cosa servente difendono; l'*uti possidetis*, l'*unde vi*, *l. 3*, *§ 17*, *de vi*, *fragm. vatic. 90*, *91*. Però con una modificazione, che veniva necessariamente dal trovarsi tradotto questo sostanziale possesso sulla cosa nella espressione *j. q. p.* Nella *j. q. p.* non si esprime come oggetto la cosa, ma lo *jus* (§ 423); quindi come non si parla di vero possesso epperò non si può parlare quanto ad essa di offese di vero possesso, così neppure può rapporto alla medesima proporsi schiettamente interdetto che difenda contro queste stesse offese. Insomma come non si dice possesso ma *quasi possessio*, così non si danno interdetti diretti ma utili, *utile uti possidetis*, *utile unde vi:* « interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur et unde vi, quia non possidet (cf. § 149) » *d. § 90, fr. vat.* E più diffusamente nel *d. § 91* « Non is, ad quem ususfructus inter vivos pervenerit vel per legatum... possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui vi prohibitus est, proprie dejectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desiderari (desiderabitur?)». Tale fu il risultato delle sapienti meditazioni dell'aurea giurisprudenza. Mentre da una parte il possesso della cosa servente, che trovasi in fondo alla *quasi possessio* relativa all'usufrutto, invitava gl'interdetti che difendono i possessi dele cose; dall'altra parte la espressa *juris quasi possessio*, offrendo per oggetto uno *jus*, allontanava i medesimi: si colpì esattamente nel mezzo, dandoli, ma utili.

§ 753.

Non fu buon pensiero quello di Bruns, quando sostenne nel *Recht des Bes. pag. 87*, che su questo punto fu questione fra giureconsulti, che non tutti davano gl'interdetti utili, ma che alcuni accordavano i diritti, e che fra i secondi era Ulpiano *l. 1*, *§ 8*, *quod legat.;* che anzi avendo i compilatori ri-

portato nelle pandette questo frammento si deve credere che tale opinione piacque anche ad essi [1]. Sconcia sarebbe stata e non accettabile, secondo le cose dette la sentenza di Ulpiano. La disputa veramente fu sul solo *quod legatorum*, se cioè, lasciato un legato d'usufrutto o di uso ed occupata la cosa per propria iniziativa dal legatario, l'erede potesse intentar contro di esso il diretto ovvero l' utile *quod legatorum* « est quaesitum, si ususfructus, vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit: an hoc interdicto restituere sit compellendus? » *d. l. 1, § 8, quod leg.* L' autore del *§ 90, fragm. vatican.*, probàbilmente Venulejo [2], era nell'opinione, che non diretto avesse a darsi, ma utile; mosso dagli esempi dell'utile *u. p.* e dell'utile *unde vi*, e credendo che egual ragione valesse quanto al *quod legatorum:* « quia non possidet legatum, sed potius fruitur (non ha possesso civile della cosa fruttuaria, ma una *j. q. p.*, § 149). Inde ut interdictum uti possidetis utile hoc nomine proponitur, et unde vi, quia non possidet, utile datur, quod taliter concipiendum est: Quod de his bonis legati nomine possides etc. ». Lo che combina colle parole d' Ulpiano, che nella *d. l. 1, § 8* seguono le surriferite « movet, quod nec ususfructus, neque usus possidetur: sed magis tenetur » [3]. Ma Ulpiano, del quale la sentenza è al certo dai compilatori adottata, ben a ragione sostenne che competesse il *quod legatorum* diretto, ossia l' interdetto quale era proposto nell'editto originario « potest tamen defendi, competere interdictum [4] ». Poichè l'erede il quale esperimenta il *quod*

---

[1] Bruns nelle *Besitzkl. pag. 244, n. 2* rinuncia a questa sua opinione. Non riporta le ragioni del suo recedere.

[2] Giusta congettura di Rudorff *Zeitschr. p. 341*, e dello stesso Bruns *Das Recht des Bes. pag. 86*. L'opinione comune si è, che il *d. § 90* sia d' Ulp.; ma vedremo esser ciò inconciliabile colla sentenza di questo giureconsulto nella *d. l. 1, § 8*.

[3] Già notammo, appoggiando con esempi, la parola *ususfructus* presa per *res fructuaria*, § 149. Vedemmo *ibid.*, che con queste parole della *l. 1, § 8* è negato il possesso civile della cosa, riconosciuto soltanto il naturale.

[4] Buchholtz *ad d. § 90, fr. vatic.* crede, che debbasi intendere « interdictum *utile* »; anzi è d'opinione, che Ulp. (quale esso colla comune opinione crede autore anche del frammento in *d. § 90*), lo avesse espresso,

legat., è il proprietario del fondo servente, e non è già egli che gode della servitù; quale è veramente il legatario. Quindi occupata da per se la cosa per opera del legatario, non si può dire in verun modo che l'erede agogni coll'interdetto alla *j. q. p.*, la quale è sì sostanzialmente un possesso sul fondo servente ma col carattere di avente la forma dell'esercizio di servitù (§ 424), in esso, erede e proprietario, inconcepibile. Esso agogna al possesso di una cosa ereditaria, e null'altro. Quindi non v'è ragione di dare il *quod legat.* soltanto utile [8].

§ 754.

All'*uti possidetis*, che compete rapporto alle servitù personali, spetta un frammento d'Ulpiano nella *l. 4, u. p.* Espone il giureconsulto quattro casi, ne' quali l'*u. p.* si ha da concedere. Primo: « inter fructuarios hoc interdictum reddendum ». Si dà l'*u. p.* fra due persone che litighino sul quasi possesso d'un usufrutto, del quale sì l'uno che l'altro asserisce competere a se. Appena è mestieri ricordare, che sarà interdetto utile non diretto. — Secondo: « et si alter usum-

---

e che Triboniano l'abbia tolto perchè al suo tempo non v'era più differenza fra azione diretta ed azione utile. Spero, che la nostra esposizione dimostrerà, che Ulpiano in questa *l. 1, § 8* giustamente parlava del diretto.

[8] In fine della *d. l. 1, § 8* Ulp. aggiunge « Idem dicendum est, et in servitute relicta ». Quantunque negl'interdetti che difendono l'esercizio delle servitù, molto differente sia la causa dell'usufrutto da quella delle prediali, pure nella disputa d'Ulpiano eguale n'è la sorte, perchè non siamo in materia di tali interdetti. Anche nelle altre servitù legate, non si può mai dire dell'erede, il quale le vegga di propria iniziativa esercitate dal legatario, ch'ei persegua coll'interdetto la *j. q. p.*, per la espressa ragione. Persegue una qualità, che per l'esercizio della servitù manca al possesso. il quale sulla cosa ereditaria gli compete come ad erede e proprietario; persegue il complemento ed il perfezionamento di tale possesso. Come si dà al proprietario il diretto *u. p.*, se venga minacciato dell'esercizio d'una servitù, allo scopo di ritenere (§ 684); così gli si dà il diretto *quod legat.*, quando nella nostra ipotesi tale esercizio è già esordito, allo scopo d'acquistare.

fructum, alter possessionem sibi defendat ». Si dà l'*u p.* fra due, dei quali uno asserisca competergli il quasi possesso dell'usufrutto, e l'altro il possesso della cosa p. e. come padrone pieno. Non è la prima volta che per esprimere la *j. q. p.* dell'usufruttuario si usa dai giureconsulti questo metodo di opporle la *possessio* ed enunciare soltanto lo *jus*; cf. *§ 4, vers. Fructuarius, I. per quas pers. cuiq. acq., Gaj. II, 93* (§ 149). — Terzo: « Idem erit probandum, et si ususfructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit »: e questo è men facile ad essere inteso. Con qual ordine comincerebbe Ulpiano in questo terzo luogo ad avvertirci, che in genere si dà l'interdetto a difesa del quasi possesso dell'usufrutto, quando era ciò da esso ritenuto per tanto sicuro che lo aveva già per due volte applicato? Savigny *pag. 466* ne fa un caso speciale, distinto dai trattati per lo innanzi; e crede, che Pomp. ed Ulp. propongano in questo inciso la specie, che non il padrone ma un estraneo turbi il possesso dell'usufruttuario. Ma quantunque lo aggiungere del nostro circostanze a generali espressioni dei frammenti sia spesso officio di buono interprete; non mi pare, che ciò possa farsi in un frammento dove in tutte le parti, tanto nelle due anteriori alla nostra quanto nella seguente, il giureconsulto prende cura di enunciare esso stesso le circostanze; di modo che non si può credere che in questa parte, che sta nel mezzo, abbia abbandonato capricciosamente questo sistema, omettendo quella circostanza che vi era indispensabile. Credo piuttosto che questo passo del frammento vada inteso così. È noto, che spesso in dritto romano trovandosi delle volontà dirette a costituire un usufrutto, ma ostando per avventura qualche regola dello stretto diritto, viene l'atto sostenuto per tuizione pretoria, non in senso di un dritto *ususfructus* ma di un fatto *perceptionis fructuum.* Un famoso esempio di tale temperamento trovasi esposto precisamente da Pomponio nella *l. 66, de jur. dot.* Il godimento di fatto, che è in tal modo creato, può dirsi, e viene detto dai giureconsulti, una specie di *possessio*, *l. 3, si ususfr. pet.* Non già nel senso assoluto e pieno di questa parola, in cui s'in-

tende mero fatto, destituito d'ogni dritto propriamente detto; mentre il godimento, di cui nel caso, avendo per se la piena e costante tuizione del pretore, ha tanta solidità quanta lo *jus usus fructus* del diritto civile. Ma in senso di mera analogia, cioè in quanto è disgiunto dal dritto stesso dell'usufrutto, in quanto non è di dritto civile, « possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium » *d. l. 3, si ususfr. pet.*: precisamente nell'istesso significato, in cui la parola di possesso è adoperata nella espressione *bonorum possessio* (§ 80, 459). Ecco come intenderei il nostro passo, dove Pomponio stesso viene citato. Significa che l'utile *u. p.* non solo compete a chi difende la propria *j. q. p.* come usufruttuario, ma anche come avente solo quella *commoditas percipiendorum fructuum*, la *possessio usus fructus* nel senso su enunciato. Questa interpretazione, che, mentre scioglie le difficoltà opposte, ha per se la analoga espressione di *d. l. 3, si ususfr. pet.* e la invocata autorità di Pomponio autore della *d. l. 66, de jur. dot.*, spiega ancor meglio, perchè nella porzione su esposta del testo nostro Ulpiano, per significare la solita *j. q. p.* dell'usufruttuario, non la esprime con tal suo nome ma piuttosto scieglie quel metodo, che sopra notammo, di contrapporle la *possessio* e di enunciare il solo dritto dell'*usus fructus*. Appunto perchè intendeva di riservare per la detta significazione la nomenclatura di possesso a quest'altro caso e a quest'altro senso; nè voleva con adoprarla in diversi significati generare equivoci. Finalmente la interpretazione nostra è confermata dal *§ 91, fr. vatic.*, dove in materia d'interdetti da darsi all'usufruttuario il giureconsulto unisce anch'esso all'usufruttuario vero (« is, ad quem usus fructus inter vivos pervenerit, vel per legatum ») precisamente quello, che sta nel mero godimento per tuizione pretoria (« vel qui utendi fruendi causa, cum ad eum non pertineat, in qua re sit »). Dunque non era insolito, che i giureconsulti nel nostro trattato degl'interdetti si occupassero anche di questo. Come lo fa l'autore del framm. vatic., lo fa pure Ulpiano nel testo che esaminiamo. — Quarto: « Proinde et si alter usum, alter usumfructum sibi tueatur: et his interdictum erit dandum ». Finalmente Ulpiano concede l'*u. p.*

anche fra' due de' quali ciascuno asserisca a se stesso una *j. q. p.*, uno in qualità di usufruttuario, l'altro in qualità di usuario.

Quem usumfructum

§ 755.

Ha l'usufruttuario un interdetto, che è speciale per la sola ragione, che appartiene ad un punto di procedura nel quale diversi giudizi ebbero diversi interdetti, benchè questi fossero d'omogenea natura. È il *quem usumfructum*. Come nel processo della R. V. si sviluppa il *quem fundum*, come in quello della H. P. si sviluppa il *quam hereditatem*, così il *quem usumfructum* ha luogo nel processo della confessoria d'usufrutto. È un interdetto duplice *adipiscendae* e *recuperandae*, precisamente per gl' istessi motivi che lo sono quegli altri due. Come gli altri due, così questo non può dirsi effetto e difesa del possesso (§ 57), ma regola direttamente il possesso solo e spetta al nostro trattato. — Anche nel giudizio promosso coll'azione confessoria il dritto nostro impone al reo convenuto l'obbligo di difendere. Anche in esso sono adoperati diversi rimedi contro chi si ricusi di adempiere tale dovere. In alcune ipotesi torna pur qui ad essere usata la *missio in bona*, *l. 18*, *si serv. vind.* Che se quel ricusarsi consiste nel negare le satisdazioni, dovute dal reo convenuto nè giudizi reali; troviamo ne' *§ 92, 93, fr. vatic.* adoperato il *quem ususfructum*. Si toglie la cosa, che è oggetto dell'affermato usufrutto, dal reo convenuto, e si trasferisce all'attore che così vien posto nella *j. q. p.* relativa all'usufrutto. In modo che se quello voglia in seguito contestare il diritto di usufrutto, è costretto ad agire colla negatoria addossandosi l'unito onere della prova (§ 341, segg.). È, siccome dissi, cotesto interdetto ora *adipiscendae*, ora *recuperandae juris quasi possessionis*; secondo che l'attore non avea mai goduto della cosa, o l'avea goduta e poi perduta.

§ 756.

Non a ragione Bethmann *I*, *pag. 144, n. 8*, *II*, *pag. 569, n. 59*, Machelard *pag. 314, seg.*, ed altri riferiscono a questo interdetto la *l. 60*, *§ 1*, *fi. de usufr.*, di cui parlai § 344. Non è ivi trattato da Paolo il nostro caso della confessoria esercitata, e del padrone del fondo fruttuario che non difenda. Vi si tratta del riconosciuto padrone del fondo fruttuario, che muova questione sull' usufrutto a colui, che era nel godimento dell' usufrutto stesso. E Paolo in vista delle circostanze della sua fattispecie, che descrissi in d. § 344, trova giusto che il padrone sia esonerato dallo adottare l' ordinaria via dell' esercizio della negatoria. Gli trasferisce il possesso; solo imponendogli la cauzione di restituire i frutti, che sarà per percepire, nel caso che l' altro eserciti quindi la confessoria e vinca. Non dando esso tale cauzione, Paolo lascia il possesso a chi godeva l' usufrutto; così che esso stesso sarà costretto a ricorrere alla negatoria coll'onere della prova, « vel si satis non detur, ipse frui permittitur ». I citati scrittori hanno male inteso queste parole per l' interdetto *quem usumfructum*; mentre dalla fatta esposizione apparisce, che i dati di fatto, in cui tale interdetto si sviluppa, sono del tutto differenti. Anzi è impossibile nel caso l' uso di questo interdetto; perchè non ha l' usufruttuario da esercitare interdetto nè *recuperandae* nè *adipiscendae*, mentre egli resta nel possesso che già tiene. — Veramente Bethmann intende l' « ipse » del padrone del fondo serviente. Ma invece spetta all'usufruttuario, come è manifesto dal contesto del frammento. Machelard poi crede che nella prima parte del frammento medesimo non fosse fatta questione di usufrutto, ma che ambedue i litiganti sulla proprietà accordavano, che l'usufrutto spettava al terzo. Che solo nella seconda parte si tratti di questione sofferta dall'usufruttuario sull'usufrutto; cioè si tratti della confessoria esercitata da esso contro il possessore della cosa fruttuaria, il quale gli contesti il dritto di usufrutto. In questo caso, dice Machelard, si deve dare dal possessore all' usufruttuario cauzione di ren-

dergli i frutti in caso che esso vinca nella confessoria; e, mancando il possessore di dargli tale cauzione, l'usufruttuario può ripigliarsi il possesso della cosa per via dell' interdetto *quem usumfructum:* qui spetta l'ultimo inciso di Paolo. Interpretazione non esatta. Fin dalla prima parte esisteva questione di usufrutto. Risulta dalle parole generali, con cui principia il testo. « Si fundus, cujus ususfructus *petitur* non a domino possideatur, *actio* redditur ». Alle quali è riportata la detta prima parte coll' espressione « Et *ideo* etc. » In essa prima parte era l' usufruttuario, che agiva colla confessoria. Nella seconda parte, distinta da quella, non è l' usufruttuario stesso che muova questione colla confessoria, ma è il proprietario che muove controversia sull' usufrutto « ipsi fructuario quaestio moveatur ». Così rettificando la fattispecie della seconda parte, svanisce l'applicazione del *quem usumfructum.*

§ 757.

Si domanda, se un simile interdetto competa per la confessoria di altre servitù all'infuori dell'usufrutto. Occupiamoci qui di tale indagine, benchè propriamente spetti alle servitù prediali, onde non interrompere il trattato sul *quem usumfructum;* ed anche perchè ormai siamo per passare agl'interdetti relativi alle medesime, e l'esame della proposta questione ci darà occasione di cominciare a fissare una regola su di essi. — Bethmann *II, pag. 570.*, e Machelard *pag. 315, segg.* rispondono affermativamente; certa ancora dice essere l'affermativa Maynz *§ 222, n. 16.;* probabile la dice Ortolan *§ 2317.* Credo a torto. Ricordiamo quel che abbiam ripetuto al § 751, cioè che la *j. q. p.* nelle servitù prediali non è soltanto una impropria espressione, lo che sarebbe di poca conseguenza, ma ha una improprietà sostanziale; che esiste quanto alle urbane positive, e più ancora nelle rustiche. Ricordiamo quel che stabilimmo d. § 751, vale a dire che gl' istituti impropri, come ogni cosa men regolare, debbono essere messi in opera il meno possibile. Allorquando a punire il non difendente nella confessoria dell'usufrutto il pretore adoperò l'interdetto

quem usumfructum, egli pose in opera il concetto della *j. q. p.*; come, allorquando a punire il non difendente nella R. V. diè il *quem fundum*, pose in opera il concetto del possesso della cosa. Appunto perchè il concetto di tutti gl'interdetti, i quali regolano le posizioni di fatto, è indivisibile da quello d'un possesso (§ 417). E quanto alla detta confessoria d'usufrutto il pretore fece ottimamente a scegliere il rimedio di quell'interdetto; perchè quanto all'usufrutto, servitù personale, la *j. p. q.*, come pure ripetemmo § 751, non ha alcuna sostanziale improprietà. Ma si astenne dagl' interdetti, allorquando si trattò di punire il non difensore nella confessoria di altre servitù; perchè collo stesso adoperare interdetti, era condotto a porre in opera il concetto della *j. q. p.* la quale in tali servitù aveva improprietà sostanziale [1]. Adoperò piuttosto altri facili rimedi. Con cauzioni o prefissioni di termini liberò l'attore dalla necessità di perseverare nell'esercizio della confessoria, costrinse o indirettamente o anche direttamente il reo convenuto ad esercitare invece esso la negatoria, e così trasferì dall'uno nell'altro l'onere della prova. Le *l. 15, de o. n. n.*, *l. 45, de damn. inf.*, che esponemmo § 346, 347, ci somministrano esempi di simili operazioni fatte dal magistrato. Trattano veramente di servitù negative nelle quali interdetti simili al *quem usumfructum* non potevansi adoperare anche perchè in tali servitù non esiste affatto *j. q. p.* (§ 443, segg.): ma e la ragione da noi esposta, e il silenzio assoluto di frammenti dentro e fuori la collezione giustinianea relativamente ad interdetti simili al *quem usumfructum* in servitù prediali, fanno credere che provvedimenti pari fossero adottati e nelle urbane positive e nelle rustiche. — Mi è parso sempre sorprendente, che di questi due testi si valgano gli autori, che difendono

---

[1] Non si dica, che tali interdetti potevano essere riferiti alla possessione della cosa dominante; come vedremo farsi sovente negl' interdetti diretti di loro natura a regolare l' esercizio delle servitù prediali. Questo acuto lavoro, col quale si fece risaltare un altro possesso, distinto dalla *j. q. p.*, onde basarvi gl' interdetti, non fu fatto nel caso; perchè erano pronti altri facili ed efficaci rimedi, lasciando del tutto gl' interdetti.

la esistenza di quest' interdetti, simili al *quem usumfructum*, per altre servitù; interpretando l'espressioni di Africano in *d. l. 15* « partes judicis... officio judicis » pel giudice, che si dà sempre dopo reso l'interdetto allo scopo di conoscere se siasi o no prestata ad esso obbedienza [2]. È ben vero, che i rimedi proposti in que' testi hanno origine comune col *quem usumfructum* come anche col *quem fundum* e col *quam hereditatem,* in quanto son diretti pur essi a punire i non difendenti; onde nella *d. l. 45* è invocata la rubrica » A quo fundus petetur, si rem nolit defendere » (§ 347) : ma sono rimedi differenti. Non solo perchè trattandosi in detti testi di servitù negative, non è concepibile, secondo quel che ricordavo poc' anzi, interdetto *recuperandae* o *adipiscendae juris quasi possessionis;* ma anche per altre riflessioni. Si doveva osservare che Africano nella prima parte della *d. l. 15* parla di azione confessoria promossa da colui, cui giovava lo stato presente, e di un reo convenuto non difendente cui lo stato presente noceva. Onde la punizione, che in tali aggiunti il giureconsulto infligge al secondo, non poteva affatto consistere in un cangiamento di stato presente, lo che è sempre conseguenza d' un interdetto o *adipiscendae* o *recuperandae;* ma viene invece stabilita da Africano curando il perdurare dello stato presente. Quanto alla *d. l. 45,* la traslazione dell'onere della prova è operata da Scevòla senza che lo stato presente delle cose fosse cangiato contestualmente (« non quidem ut protinus destruatur opus etc. ») ; onde di nuovo è escluso l' intervento d' un interdetto *adipiscendae* o *recuperandae* [3]. Finalmente quelle cauzioni o prefissioni di termini, proposte da Africano e da Scevola, le quali sono da per loro ottimo rimedio contro i non difendenti, potevano benissimo essere imposte e curate assolutamente dal magistrato, senza ricorrere alla inviluppata e lunga procedura interdittale: onde

[2] MACHELARD *pag. 317, 319,* BETHMANN *II, pag. 569, n. 1, pag. 570, n. 66.*

[3] Come Scevola si valga dell' espressione « possessio translata est » in servitù negativa, dicemmo § 451.

non si vede come quegli scrittori vogliano intruderla in quei testi. Che poi Africano parli di *judex* non deve fare alcuna ombra. Dice Livio riportato da Cujacio *IX, 20, C.* che l'usare impropriamente *judex* per *praetor* è cosa solita; ed infatti molti esempi ne abbiamo ne' nostri frammenti. Così nella *l. 41, de minorib.* junct. *l. 24, § 5, eod.*; add. il mio libro *De obligation. pag. 95.* Parimenti nella *l. 1, de judiciis.* Precisamente coll' espressione « officio judicis » è designato il comando del pretore fidecommissario nella *l. 17, de alim. leg.*

---

§ 758.

Nel passare agl' interdetti relativi alle servitù reali o prediali cominciamo collo stabilire, secondo le cose dette or ora, una conseguenza della sostanziale improprietà, che in tali servitù ha la *j. q. p.*, e del poco uso che perciò deve farsi della medesima giusta la prima delle regole stabilite § 751. Quando lo scopo ultimo e mediato, a cui mirava il pretore, non era quello di regolare il possesso ma diverso, p. e. di punire un refrattario alle regole di procedura; quantunque per arrivare a ciò si servisse ordinariamente della contemplazione del possesso adoperando interdetti diretti a regolarlo in modo analogo alle sue ultime mire, pure si astenne dal far così laddove si trattasse di *j. q. p.* in servitù prediali. Abbandonava allora del tutto questo metodo del regolare il possesso e del dare i relativi interdetti; adottava altri rimedi del tutto diversi, che lo portassero a risultati da esso desiderati. Come per tale considerazione vedemmo esclusi nelle servitù prediali interdetti duplici *acquirendae* e *recuperandae* simili al *quem usumfructum*; così possiamo in genere stabilire ancora, che il dritto nostro si astenne dallo indurre interdetti *adipiscendae* ed interdetti *recuperandae* diretti a regolare l' esercizio delle servitù prediali. Sempre secondo la ricordata prima regola espressa al § 751. Già n[illegible]

tammo più volte che con maggior facilità si danno gl' interdetti *retinendae* che quelli *recuperandae* (cf. § 707); ed è ben naturale che più facilmente si accordino che quelli *adipiscendae*, come ogni mezzo di conservazione è sempre più agevolmente dato che un mezzo di acquisto. Quindi, essendochè per la detta regola gli autori del dritto erano inclinati a negare interdetti regolatori dell' esercizio delle servitù prediali, fu naturale, che tale inclinazione si spiegasse con tutto il vigore negli *adipiscendae* e ne' *recuperandae*, dove la inclinazione alla parsimonia era anche da altri moventi aiutata — Di *adipiscendae* in verità ne troviamo uno nella *l. 2, § 3, vers. et quo, de interd.*, cioè *quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur vim fieri veto.* Ma fu dato come appendice all' interdetto solito *de itinere* che è *retinendae*; esso è *adipiscendae* solo per la circostanza, che invece di darsi a chi esercitò la servitù si dia al suo particolar successore: e noi come appendice a quel solito interdetto ne parleremo — Dei *recuperandae* non ne troviamo alcuno [1]. Già molti scrittori hanno osservato, che l'*unde vi* non si applica alle servitù prediali; e danno la ragione, perchè non vi si concepisce deiezione [2]. La riflessione è giusta, ma non è sufficiente. Se non fosse per la ragione che abbiamo esposta, facilmente la giurisprudenza avrebbe ammesso un' altra estensiva interpretazione della parola *dejecisti* della formola, come tante ne fece (§ 711, segg.). Od anche sarebbero stati dal pretore inventati nuovi interdetti *recuperandae*; come furono da esso escogitati nuovi interdetti *retinendae* per le servitù prediali, quando non ritrovò adatti quelli soliti del possesso delle cose, secondo che vedremo [3].

---

[1] Vedemmo § 748, n. 2, che nell' interdetto *de aqua ex castello ducenda* neppur si trova misto lo scopo di restituire l' esercizio avuto e poi perduto.

[2] Vedi p. e. SAVIGNY *pag. 471*, MOLITOR *pag. 500*.

[3] Del resto, come dissi, la riflessione dei citati scrittori è giusta: la parola *dejecisti* fu in verità riguardo alle servitù prediali presa strettamente, e così si arrivò ad escludere per esse l' *unde vi*. La detta stretta accezione, fermata una volta, produsse anche altri effetti. Ne troviamo uno rimarchevole nel testo di Paolo *l. 4, § 27, de usurp. et usuc.*; testo, che non si può spiegare se non colla nostra teoria del riportar sempre la so-

§ 759.

Pertanto la questione, se sulla *j. q. p.*, si diano interdetti quanto alle servitù prediali, si restringe agl'interdetti *retinendae*, che realmente furono dati per l'esercizio delle medesime servitù. Per la seconda delle regole, enunciate § 751, troviamo, che il pretore fece l'acuto lavoro di esaminare, se oltre il possesso improprio sulla cosa servente, ossia oltre la *j. q. p.* corrispondente a questo, esistesse altro vero e proprio possesso. Se lo rinvenne, e vidde atto alle sue mire il rispettivo interdetto, di questo si valse, e non cercò di avere gli stessi risultati da interdetti basati sulla *j. q. p.* sostanzialmente impropria. Sol quando trovò imperfetti per le sue vedute gl'interdetti spettanti a quel vero possesso, il pretore basò l'interdetto sulla *j. q. p.* — Dov'è che si può cercare un altro

---

stanza della *j. q. p.* ad un possesso sulla cosa servente. Paolo tratta di me cui competeva la *via* sul tuo fondo. Vedemmo § 436, che nelle servitù discontinue, come è la *via*, avviene la perdita delle medesime ed il padrone del fondo servente acquista la liberazione di questo, col solo *non usus* per il tempo determinato dalle leggi. Tu mi respingesti per forza dalla *via*; onde avvenne che io per tutto quel tempo non me ne valessi. Si domandava se in tali estremi io perdessi la *via*, ossia tu acquistassi la liberazione. La ragion di dubitare era nella l. Giulia e Plauzia, che proibì, come vedemmo a suo luogo, la usucapione, lo acquisto per tempo, di cose *vi possessae*, ossia dalle quali altri fosse stato *dejectus*. Ma Paolo risponde « per longum tempus non utendo amittam viam ». Per sciogliere la ragione di dubitare il giureconsulto nega, che nel caso si tratti d'un *vi possessum*, di una deiezione. Imperocchè è assurdo spingere un riconoscimento di possesso sulla cosa servente nelle servitù prediali fino a ravvisarvi la strettamente detta *dejectio*; dunque quanto a questo effetto neppure si poteva riconoscervi in alcun modo una *j. q. p.*, appunto perchè *j. q. p.* non può ravvisarsi senza od oltre un possesso sulla cosa corporale servente (« quia nec possideri intelligitur jus incorporale »). Restava così senza alcuna relativa idea di possedimento il solo *jus viae* a me competente. Ora da uno *jus* come tale non si concepiscono discacciamenti, la *dejectio* dai dritti è un controsenso (« nec de via quis, id est mero jure detruditur »). La *dejectio* in niun punto si trovava nella fattispecie: quindi non aveva luogo la legge Giulia e Plauzia.

possesso diverso dalla *j. q. p.*, per basarvi interdetti aventi il risultato medesimo che si avrebbe dal darne de'fondati su essa *j. q. p.?* Poichè questa, lo ripeto, si confonde nella sua sostanza col possesso nella cosa servente; altro non resta che cercare un possesso nella cosa dominante, poichè un possesso nella cosa dominante non può confondersi colla *j. q. p.* (§ 419). Or bene, quantunque il possesso della cosa dominante non sia confuso colla *j. q. p.*, pure, come accennai già d. § 419 e dovrò ridire in altre occasioni, non v' ha esercizio di servitù prediale senza che gli sia compagno il possesso di cosa dominante; mentre non è concepibile, che tali servitù si esercitino senza possedere un fondo, a prò del quale torni questo esercizio. Anzi, e questo pure accennai ib., quell'istesso operare, che forma una specie di possesso sul fondo servente e la relativa *j. q. p.* nelle servitù prediali, suppone una material posizione del fondo dominante, la quale costituisce una parte dell' oggetto del possesso su questo. Coll' esercizio di una servitù prediale pigliano or la vita or la pienezza due possessi: piglia vita quello più o meno improprio nel fondo servente, e su questo si fonda la *j. q. p.;* piglia pienezza l'altro proprio che resta nel fondo dominante.

§ 760.

Ciò avviene manifestamente nelle urbane positive. La costruzione (*superficies* § 440), senza cui tali servitù non esistono (ibid.), è una parte del fondo dominante; la *projectio*, la parete che va a poggiar sull' altrui, il *tignum* che impiantato nel fondo dominante si posa sull' altrui. L' offesa all' esercizio della servitù è insieme offesa al possesso relativo del fondo dominante, e viceversa. Nella servitù *tigni immittendi*, nella *oneris ferendi*, nella *projiciendi*, e simili, l'atto che cava il *tignum*, sottrae la parete, demolisce la *projectio*, offende insieme l'esercizio della servitù e il possesso del fondo dominante. Anche nella *stillicidii immittendi* se pure avvenga, che l' esercizio della servitù sia turbato, senza che si ponga mano direttamente contro la grondaia del fondo dominante, ma solo non am-

mettendo la caduta dell'acqua; torna sempre, che è inquietato il possesso di quella *superficies* ossia grondaia, appunto perchè è impedito quell'uso che se ne faceva per lo innanzi [1]. Quindi è, che la difesa, la quale si dia per la conservazione del possesso del fondo dominante, conserva ancora l'esercizio della servitù; ossia produce gli stessi effetti che produrrebbe la diretta difesa della *j. q. p.* Dunque, secondo le premesse, quella si deve dare, e non questa. Si deve dare l'*u. p.*, difesa del possesso del fondo dominante; come si dà l'*u. p.* per le offese al possesso d'un immobile, fatta o all'intero o ad una parte di esso (§ 203). Un testo conferma il nostro ragionare. È nella *l. 3, § 6, u. p.*, di cui dovemmo parlare largamente nel § 684. Ulpiano sull'autorità di Labeone, a mantenere il godimento della *projectio*, dà l'interdetto « Sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectus est ». — L'opinione che abbiamo difesa, darsi nelle servitù urbane l'*u. p.* pel possesso del fondo dominante, opinione che è della massima parte degli scrittori, ha trovato per oppositori il Vangerow *Leitf. f. Pandektenvorles. § 355*, e qualche altro. Omessi argomenti di minor conto [2], si valgono della *l. 5, § 10, de o. n. n.* « si in suo quid faciat, quod nobis noceat: tunc operis novi denunciatio erit necessaria »; dunque, conchiudono, se è necessaria l'*o. n. n.*, non compete l'*u. p.* Non è difficile il rispondere, solo che si consideri non esser punto provato, che Ulp. tratti di lavori fatti a danno di un nostro esercizio di servitù urbana. Mentre può esser benissimo, anzi per lo più accade, che un lavoro nuoccia al vicino senza che questo eserciti servitù alcuna [3]. Oppongono altresì la *d. l. 3, § 5, u. p.*, dove Ulp. sull'autorità di Cassio nega l'*u. p.* anche a colui che vuol difendere la sua *projectio*. Ma vedemmo d. § 684, che tale negazione non deriva da generale inapplicabilità dell'*u. p.*

---

[1] Giusta osservazione di BISCHOFF nella sua dissertazione inaugurale *Quatenus compet. interd. u. p. in serv. praedior. pag. 26 seg.*

[2] Ai quali han già risposto vittoriosamente MOLITOR *pag. 503, seg.*, BISCHOFF *cit. dissert. pag. 32, segg.*, ed altri.

[3] MOLITOR *loc. cit.*

a difesa dell' esercizio di servitù urbane; ma dalla circostanza della fattispecie del testo, che cioè chi godeva della *projectio* pretendeva di sorpassare i limiti dell' esercizio della servitù e proibire al padrone del fondo servente di coltivare il sottoposto terreno.

§ 761.

Passiamo alle servitù rustiche. Ricordiamo, che quantunque per esse non esista in genere la *j. q. p.*, pure ne fu costruita e riconosciuta una impropria ed irregolare nei punti dove al rigore dello stretto diritto prevaleva la equità e la naturale ragione (§ 445). Onde siccome gl' interdetti sono di istituzione pretoria, non troveremmo da questo lato difficoltà per ravvisare nelle servitù medesime una *j. q. p.* adoperata per interdetti. Questo ho avvertito per ben fissare la ragionevolezza della disputa: ora esaminiamo. Certo che le servitù rustiche *non consistunt in superficie* (§ 440), non vi è necessaria una costruzione la quale faccia parte del fondo dominante. Ma non per questo credo esser vero ciò che pur ritiene la maggior parte degli scrittori, che cioè a differenza delle urbane non possa darsi per le rustiche, e mai si dia in dritto romano, il solito *u. p.*, e si diano esclusivamente degli interdetti speciali e propri per le medesime. Sostengo, che l'*u. p.* potrebbe ben darsi secondo la general ragione anche per le rustiche, e che realmente si dà quando non valgono in contrario speciali positive considerazioni. Infatti è da osservare in primo luogo, che quantunque costruzioni non siano necessarie nelle servitù rustiche (onde son dette *consistere in solo*, d. § 440), e quantunque quell'incomodo più grave, che esse importano, non consista mai in tenute costruzioni (onde vengono chiamate discontinue, § 429); pure costruzioni preparatorie sovente vi sono, ed anche situate nel fondo dominante. Spesso esiste in questo fondo una vasca od altro recipiente, in cui si versa l'acqua dedotta dall'altrui; spesso è nel dominante costruita una porta, alla quale fa capo il sentiero tracciato nell'altrui; spesso si trova nel dominante un

fumaiolo, onde esce il fumo, che sull'altrui si volge [1]; e così via discorrendo. In questi casi, ben ordinari, l'offesa all'esercizio della servitù, è insieme offesa al possesso del fondo dominante; mentre s'impedisce l'anteriore uso di quella vasca, porta ecc., parti del fondo medesimo. Pertanto se talvolta non lo impediscano speciali positive ragioni, delle quali in seguito parleremo, l'*u. p.* procede pianamente. Nè so comprendere, come mentre per la maggioranza degli scrittori è da ammettere l'*u. p.* nella urbana *stillicidii immittendi*, anche se l' offesa consista solo nel non ricevere l'acqua, per la sola ragione che è così impedito l'uso d'una parte del fondo dominante (paragr. antec.); la maggioranza ancora neghi la possibilità dell'*u. p.* nelle rustiche pur quando si trovino nel loro esercizio impegnate delle parti del fondo dominante, le quali, impedito quell'esercizio, sono attaccate parimenti nel loro uso. — Ma non basta. Anche se supponiamo una servitù rustica esercitata senza alcuna costruzione, immaginiamo p. e. un sentiero, che passando per l'altrui faccia capo nel dominante senza porta od altra costruzione relativa ad esso; sempre però nelle stesse parti del dominante, che guardano a quel sentiero, vi sarà stabilita una forma esteriore, una costante materiale disposizione a ricevere il sentiero medesimo, p. e. una prosecuzione di strada sul suolo del dominante, un'apertura nella siepe del dominante stesso, e simili. Torna, che, impedito ad alcuno l'esercizio della servitù, s'impedisce insieme, che quelle parti del fondo dominante, e del suo possesso, possano essere da lui impiegate secondo la loro costituita destinazione: e ciò basta a formare un turbamento del possesso del fondo stesso, all'effetto dell'*u. p.*, ove la *vis* è presa nel più ampio significato (§ 673).

§ 762.

Pertanto, riguardata semplicemente la ragione generale, l'*u. p.* non è escluso dalle servitù rustiche; e sarei dell'opi-

---

[1] La servitù *fumi immittendi* è rustica; siccome provammo § 444, n. 1

nione, che piace a Thibaut *Civil. Arch. I, pag. 111, segg.* a Glück *Erl. der Pand. X, § 685,* a Mühlenbruch *Lehrb. der Pand. § 293*, ed a Pfeiffer *Prakt. Ausführ. VII, pag. 449, segg.*, che cioè anche riguardo alle medesime si dia luogo a quell'interdetto: benchè nè abbia seguìto in tutto la spiegazione data da essi, nè accetterei tutti i loro ragionamenti. [1] Alle esposte

---

[1] Così non mi varrei col Thibaut dell'esempio delle servitù personali. Poichè in esse l'*u. p.* si dà in ragione della *j. q. p.* (basata sul possesso della cosa servente), onde è utile e non diretto: mentre nelle prediali sì urbane che rustiche si dà meramente in ragione del possesso sul fondo dominante, e perciò è diretto. Nè mi varrei tampoco con esso Thibaut della *l. 20, de servit.*: poichè, come dopo Donello *comm. ad l. 1, C. u. p.* già molti hanno notato, quegl' interdetti « veluti possessoria », che Giavoleno dice esser dati per la *via* e per altre simili servitù, sono i propri delle rustiche, di cui ci occuperemo fra poco; cioè il *de itinere* e simili, non già l'*u. p.* Ed infatti secondo noi l'*u. p.* che si dà per le rustiche, non corrispondendo alla *j. q. p.* ma al possesso sul fondo dominante diverso da essa, male verrebbe chiamato « *veluti* possessorium » mentre sarebbe veramente e propriamente regolatore di possesso. — Quanto alle rustiche interdetti sulla *j. q. p.* non solo non si danno per la ragione che esposi, comune alle urbane, che cioè essendoci la *j. q. p.* impropria sostanzialmente bisogna astenersene essendo possibile il farlo; ma anche per la concezione dell'*u. p.* Esso è interdetto concepito *in praesens, l. 1, § 2, de interd.*: *Uti (nunc) possidetis, cf. l. 3, § 6, fi. u. p.* Ora la *j. q. p.* nelle servitù rustiche è stata riconosciuta, è vero, ne' punti men rigorosi, scorgendo una certa continuità di possesso sulla cosa servente nella ripetizione e comune indole di quegli atti che formano le servitù medesime (§ 445). Ma sempre vi manca la vera continuità, l'uso non è che in certi momenti. Quindi non poteva farsi uso soddisfacente e idoneo di quella *j. q. p.* per fondarvi l'interdetto *uti (nunc) possidetis*, che era nell'editto concepito e sempre era stato inteso per attual possesso, *in praesens conceptum*. Tanto vero, che in quei casi speciali, nei quali interdetti sono stati dati sulla *j. q. p.* nelle rustiche, l'interdetto è concepito *in praeteritum d. l. 1, § 2, de interd* « quo itinere hoc anno usus es... uti hoc anno aquam duxisti » *l. 1, pr. de itin., l. 1, pr. de aq. quot.*: poichè, come dice Ulp. *l. 1, § 2, de itin.* « Neque ad praesens tempus refertur usus: quia plerumque itineribus, vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit: ita annui temporis spatio conclusit usum » (add. § 477). — Non credo, che abbia ragione Schmidt *pag. 65, seg., pag. 80, n. 8*, sostenendo, gl'interdetti *de itinere* e *de aqua quotidiana* essere *retinendae e recuperandae* secondochè al tempo del reso interdetto l'impetrante si trovi in possesso, o non lo abbia allora ma nell'anno siasi non viziosamente servito dell'*iter* o dell'*aquaeductus*. (Escludemmo simile varietà di efficacia, rico-

argomentazioni ne aggiungo un'altra dalla *l. 12*, *quemadm. serv. amitt.* Celso in trattato della servitù rustica *itineris* per provare, che un tale compratore d'un fondo dominante era nella *j. q. p.* dell'*iter*, ragiona così « fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est etc. ». Se egli ha posseduto il dominante com'era in tutte le sue parti e loro relative destinazioni, dunque ha anche avuto la *j. q. p.* Con che non viene già questa confusa col possesso del fondo dominante come erroneamente suppose Savigny; ma è dimostrato, che quel pieno possesso del dominante, e la *j. q. p.* sono inseparabili (cf. § 419). L'offesa della *j. q. p.* porta dunque offesa del possesso del dominante: e perciò sotto questo riguardo generale non deve negarsi l'*u. p.* da cui è questo protetto. — Altra conferma è nella *l. 8*, *§ 5, fi. si. serv. vindic.* Parla Ulpiano della servitù *fumi immittendi*, discontinua ossia rustica (§ 444, n. 1) « Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti ». Si osservi il modo di parlare del giureconsulto, conforme del tutto al nostro argomentare. Non dice che l'*u. p.* sia utile; mentre è diretto, poggiato com'è non sulla *j. q. p.*

---

nosciuta da Schmidt anche rapporto ad altri due interdetti, § 748, n. 2). Che dell'interdetto *de aqua quotidiana* possa dirsi da Ulp. *d. l. 1, § 1, de aq. quot.* « Hoc interdictum prohibitorium, et interdum restitutorium est », lo intendo nel senso ben spiegato da esso Schmidt, simile a quello fissato per la *l. 3, § 2, ne vis fiat ei* (d. § 748). Vale a dire che tecnicamente sia interdetto proibitorio sempre *(vim fieri veto)*, materialmente sia anche restitutorio secondo la distinzione di avvenimenti or ora ricordata. Ma nè di esso, nè a maggior ragione del *de itinere*, può dirsi, che siano duplici. Perchè quella *j. q. p.* su cui basano, è di sua natura formata da atti interrotti, e perciò nulla muta in essa se nel momento dell'impetrar l'interdetto l'uso era attuale o no; lo che del resto nell'*iter* sarebbe anche impossibile a concepirsi. Ed è per questo, che Paolo *l. 2, § 3, de interd.* di interdetti duplici ne riconosce solo *adipiscendae* e *recuperandae*, non già di *retinendae* e *recuperandae*. Sono dunque i due interdetti in discorso *retinendae* costantemente, in vista del lavoro fatto dal diritto positivo per comporre quella *j. q. p.*; mentre pur sono *in praeteritum concepta* in riguardo alla realtà, che non potevasi dissimulare, e che non permetteva l'uso d'interdetto *in praesens conceptum*.

(onde utile vedemmo essere quanto alle servitù personali), ma sul possesso vero e proprio del fondo dominante. Vedemmo § 685, che male altri intendono il testo dell'*u. p.* da darsi al possessore del fondo superiore contro quello che dall'inferiore immette il fumo; alla quale interpretazione ostano la natura dell'*u. p.*, il contesto, e le parole del frammento medesimo.

§ 763.

Oppongono i difensori della contraria, più adottata, sentenza, che la nostra opinione è inconciliabile con la esistenza di vari interdetti relativi a servitù rustiche, i quali pur si trovano nelle pandette, *de itinere, de aqua, de fonte*; quasi che questi sarebbero superflui se competesse l'*u. p.* Prima di esporre il perchè di questi speciali interdetti, faccio due riflessioni. Prima, che l'argomento oppostoci prova troppo. Anche per le servitù urbane troviamo l'interdetto speciale *de cloacis* pand. tit. 23, lib. 43, (cf. § 429, n. 1), eppure l'opinione comune concorda con noi nell'ammettere nelle urbane l'*u. p.* Seconda, che l'argomento si può ritorcere. Se per le rustiche non vi fossero che interdetti speciali, perchè ve ne sono soltanto per l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquaeductus*, e l'*aquaehaustus*, e non per le altre, *jus pascendi*, *calcis coquendae*, *arenae fodiendae* etc.? Dicono, perchè sono servitù infrequenti [1]. Seppur fosse vero (lo che per alcune mi sembra assai contestabile), che queste servitù siano men frequenti di quelle; mai sono tanto rare, che meritassero il disprezzo del pretore fino a non concedere ad esse ne' suoi editti una menzione, ed una protezione alla relativa posizione di fatto. — Perchè dunque sono stati introdotti que' speciali interdetti, che certamente in quelle date servitù rustiche difendono la *j. q. p.*, *l. 7, de itinere* (§ 417 423.), onde li vedemmo nella *l. 20, de servit.* chiamati *quasi possessoria* (§ 762, n. 1.)? Perchè anche per una servitù urbana (d. § 429, n. 1) troviamo un interdetto particolare *de cloacis?*

---

[1] Così dice SAVIGNY sulla servitù *pascui, pag. 472, in not.*

È perchè, secondo l'assunto che fin qui abbiamo sostenuto, la *j. q. p.* vi esiste, ed è per se atta a ricevere protezione di interdetti; solo che ci asteniamo dall'adoperarla a tale effetto finchè possiamo valerci d'un interdetto fondato sopra un vero possesso, ed usandolo ottenere identici risultati. Quindi si dà l'*u. p.* relativo al possesso del fondo dominante, qual'è compagno all'*j. q. p.* e piglia forma dalle stesse operazioni; fintanto che coll'*u. p.* si trova difeso l'esercizio delle servitù prediali in quel modo e termine, con cui il pretore nella sua saggezza intendeva difenderlo. Ma se per le vedute economiche, che guidano il pretore in tutta la teoria degl'interdetti, esso voleva dirigere la posizione di fatto corrispondente all'esercizio di qualche servitù in diverso modo, ovvero con maggiore o minore larghezza ed efficacia di quella contenuta nell'*u. p.*, e nelle regole che lo modellano; allora dovendo lasciare il solito *u. p.* lasciò di considerare il possesso del fondo dominante ad esso relativo. S'indusse a considerare la *j. q. p.* che è appunto speciale e caratteristica delle servitù, a fine di dare uno speciale interdetto, analogo alle sue vedute. Questa riflessione è mirabilmente confermata da ciò, che in tutti gl'interdetti speciali, de'quali parliamo, troviamo qualche singolare costituzione, che ne varia, ne ristringe o ne allarga l'uso di fronte all'uso dell'*u. p.* Vediamo queste specialità: tanto più, che sono interdetti spettanti per solito al nostro trattato, mentre per lo più sono rivolti a regolare la sola *j. q. p.*, anzi (tranne il solo *adipiscendae* accennato al § 758) sono effetti e difese della medesima. I pochi che *proprietatis causam continent*, saranno da noi espressamente notati.

De itinere

§ 764.

Il pretore non volle, che chi fosse passato una sola volta pel fondo altrui si potesse difendere con interdetto; quantunque quello fosse esercizio di servitù, onde e potesse con-

ferire al possesso del fondo dominante, e, formando un improprio possesso sul servente, costituisse una *j. q. p.* (§ 474). Desiderò, che fosse andato per lo meno trenta giorni nell'anno *nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, l. 1, § 2, de itin. actuq. priv.* E questo è l'interdetto, che nomasi *de itinere utendo.* Come si debba spiegare la concezione *in praeteritum* di esso interdetto, e lo avervi il pretore determinato lo spazio di un anno anteriore per proteggere l'uso dei trenta giorni che cadesse all'anno medesimo; lo abbiamo spiegato di sopra § 762, n. 1, dove anche dimostrammo esser questo un interdetto *retinendae.*

§ 765.

Quasi appendici di questo sono due altri interdetti. Uno è il così detto *de itinere reficiendo.* L'interdetto, di cui nel paragr. antec., è regolatore di solo quasi possesso, anzi effetto e difesa di esso. Ma Paolo *l. 2, § 2, de interd.* dice « Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato: nam proprietatis causam continet hoc interdictum ». Osservò la Glossa, e dopo lei i più recenti scrittori sono d'accordo, che questo passo non riguardi il *de itinere utendo*, ma un interdetto affine, che chiamano *de itinere reficiendo*; diretto a poter operare il restauro del sentiero per cui si va sul fondo altrui. Interdetto specialmente introdotto, appunto perchè il pretore richiede che l'impetrante provi lo *jus reficiendi* « Ait praetor: Qui itinere, actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter, actumque, ut tibi jus esset, reficias, vim fieri veto », *l. 3, § 11, de itin.* Ossia richiede la prova dello *jus servitutis, d. l. 3, § 13;* supposto che nella imposizione di questo nulla si trovi, che gli tolga il dritto di restaurare, *d. l. 3, § 14.* — La ragione di tal differenza fra questo interdetto ed il precedente, è presso Ulpiano *d. l. 3, § 13* « qui enim vult ire agere tantisper, quoad de servitute constet, non de jure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enimvero qui vult reficere, aliquid novi fa-

cit: neque debet ei in alieno permitti, id moliri, nisi vere habet servitutem » [1] — Però è ben da notare, che l'impetrante deve inoltre dimostrare la sua *j. q. p.* « duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere » *d. l. 3, § 13.* Imperocchè torna, che questo interdetto è appendice del principale *de itinere utendo d. l. 3, § 12* (not. 1). Se non fosse esistito questo; il *de itinere reficiendo,* che vuole la prova dello *jus servitutis*, non sarebbe stato dato, esistendo la confessoria. Quindi rimasero le condizioni del *de itinere utendo*, unita l'altra della prova del dritto [2].

---

[1] Non intendo rifiutare la riflessione, che fa Randa *pag. 541, n. 13,* che cioè la rifezione non sia assolutamente necessaria, giacchè senza di essa si può andare sul fondo altrui benchè meno comodamente. Ma non è riflessione, che basti a spiegare la specialità esposta del presente interdetto. Perchè ciò stesso, che senza rifezione si va meno comodamente, basterebbe, se altro non si opponesse, per dare a colui, che è da interdetto protetto nel suo andare, un interdetto di pari natura, o meglio per dargli l'istesso interdetto *de itinere utendo,* allo scopo di restaurare il sentiero. Appunto perchè essendo protetto nello andare, comodo com' esso è, sarebbe conseguenza, che venisse protetto nella operazione del restauro di cui presentemente apparisca la necessità, onde conservare il sentiero, e rimanere in quello stato protetto. Infatti dalla esistenza dell' interd. *de itinere utendo* Ulpiano arguisce alla necessità della protezione interdittale in genere di chi voglia restaurare il sentiero *l. 3 § 12, de itin.* « Utilitas suasit, hoc quoque interdictum proponere, namque consequens erat, eum, qui itinere utitur, interdictum proponere, ut refici iter possit; quemadmodum enim alias uti potest itinere, vel actu commode, quam si refecerit? corrupto enim itinere, minus commode frui, aut agi potest ». Pertanto la suddetta riflessione di Randa, lasciata sola, nè darebbe la giusta ragione del dato interd. *de itinere reficiendo,* nè spiegherebbe la sua singolarità. Essa è opportunissima allo scopo di spiegare, perchè la medesima singolarità non abbia luogo nell'interd. *de rivis* e nel *de fonte reficiendo* (§ 768, 770.). Scioglie in certo modo una ragione di dubitare, piuttosto che contenere una vera ragione di decidere.

[2] Qui noterò ancora, che a torto Cuiacio *IX, 1138, A.* riprende Accursio, il quale di questo interdetto, e di altri simili, affermò che semplicemente « proprietatis causam habent »; e sostiene, che nè questo nè gli altri contengono solo « causam proprietatis » ma piuttosto « et possessionis et proprietatis ». Il nostro interdetto, ed altri simili, de' quali abbiamo parlato e parleremo, nel definire la questione di diritto importano per conseguenza anche il regolare il possesso. Ma non è quest' ultimo il

§ 766

L' altro è l' interdetto *quo itinere venditor usus est*, *quominus emtor utatur, vim fieri veto*, *l. 2*, *§ 3*, *de interd.* Questo non implica prove di dritto, e prende posto proprio nel nostro trattato. — Allorquando un interdetto non si dà se non a chi stà nell'analoga posizione di fatto per certo tempo, i romani dettero l'*accessio possessionis* per mettere in conto dei successori universali e particolari il possesso dei loro autori; affinchè le morti e le alienazioni, tanto frequenti, non rendessero troppo difficile l'uso degl' interdetti medesimi. L'*utrubi* ce ne ha dato un esempio. Così nel *de itinere.* Essendo necessario l'esercizio della servitù per trenta giorni nell'anno ultimo, fu data l' *accessio possessionis* ai successori universali e particolari [1]. — Considerato così, e finto come proprio del successore il tempo in che esercitò l'autore, viene per conseguenza, che se l'autore aveva posseduto per tutti quei trenta giorni, l' interdetto *de itinere* compete al successore quantunque esso abbia usato viziosamente dall'avversario, *l. 6*, *de itin.* [2]: come non avrebbe a questo nociuto il proprio posteriore uso vizioso se avesse da per se usato non viziosamente per trenta giorni e adempiuto così pienamente il postulato dell'editto, *l. 1, § 12, l. 2*, *l. 3*, *pr.*, *d. l. 6, de itin.* Dalla ragione medesima deriva, che se l' autore esercitò per tutti i trenta giorni, il successore abbia l' interdetto anche se esso non usò affatto; e questa è precisamente l' ipotesi dell' interdetto nostro, *d. l*, *2*, *§ 3, de interd.* Si ag-

---

tecnico « causam possessionis habere » di Paolo *l. 2, § 2, de interd.*; che significa contenere la definizione del solo possesso, come il « causam proprietatis habere » significa contenere principalmente la definizione della sola proprietà. Onde è impossibile, che dello stesso interdetto possa dirsi che insieme « causam proprietatis et causam possessionis habeat ». Infatti Paolo del nostro interdetto e di simili pronuncia in fine del *d. § 2,* che « proprietatis, *non* possessionis causam habeant ».

[1] Savigny *pag. 475*, Randa *pag. 545*, *n. 24*.

[2] È da ritenere la decisione contraria, se non tutti i trenta giorni di esercizio fossero stati esauriti dall'autore, cf. 588.

giunga quanto a ciò un'altra riflessione. È vero, che nella servitù rustica *itineris* una *j. q. p.* è stata (lo abbiamo ripetutamente detto) artificiosamente escogitata per alcuni men rigorosi effetti, come per gl' interdetti. Ma guardando alla verità delle cose quello, che tali interdetti difendono rapporto a tale servitù, è piuttosto un uso di sua natura interrotto, che un presente possesso; ond'è che sono concepiti non *in praesens* ma *in praeteritum*, « usus es » (§ 477, 762 n. 1). Per questo rispetto poco rilevava, se quell'uso fosse stato presso quello stesso a cui si dava l'interdetto, o presso l'autor suo; ossia se nella precisa persona, alla quale si dava l'interdetto, già si trovasse o no quella *j. q. p.*, così artificiosamente costruita, e che alla fin fine non aveva per se la verità. — Se si riguardi la finzione su esposta il nostro interdetto si potrebbe dire *retinendae*, effetto e difesa del quasi possesso. Ma, attesa la verità, non è tale; mentre ogni possesso, proprio o improprio che sia, è personale (§ 68), e qui colui al quale si dà l' interdetto non ha mai posseduto. E siccome nell'espressioni la realtà si deve sempre, fin che si può, preferire alle finzioni giuridiche, massime nella materia del possesso in fondo a cui è sempre un concetto semplice e naturale (§ 45); così nel categorizzare il presente interdetto nella divisione *acquirendae, retinendae*, e *recuperandae*, Paolo *d. l. 2, § 3, de interd.* lo assegna agli *adipiscendae* (§ 758).

De aqua.

§ 767.

Succedono gl'interdetti *de aqua*, spettanti alla servitù *aquaeductus*. Che siano costantemente interdetti *retinendae*, lo provammo § 762 n 1. — In cosa di cui i romani ebbero notoriamente una speciale sollecitudine, come l'acqua, il pretore volle, che chi *non vi*, *clam*, *precario ab adversario* ma pure in mala fede avesse abusivamente dedotto l'acqua altrui, non godesse la protezione dell' interdetto, *l. 1, § 10, 19, 22, 39, de*

aq. quotid. et aest. Accordò gl' interdetti solo a quello, che nell'anno da computarsi dal giorno della impetrazione indietro, se si tratti di *aqua quotidiana*, o nella precedente estate, se si tratti di *aqua aestiva* [1], conducesse l'acqua dall'altrui fondo in buona fede. Che se nella *d. l. 1, pr.*, *§ 29*, sono riferite quelle sole parole dell'editto, ove trovasi escluso chi *vi*, *clam*, *precario ab adversario duxit* e non altri; ciò dipende dallo aver voluto il pretore in principio de' due interdetti ripetere quella clausola tanto solita ne'suoi editti, relativi agl' interdetti. Ma non toglie, che in posteriori capi escludesse nell'editto chiunque avesse dedotto acqua in m. f. E così que' due passi della *d. l. 1* si pongono in armonia cogli altri sopra citati. Non dissimulo, che Puchta *Vorl. I*, *pag. 273*, e qualche altro, negano la necessità della b. f. per gl' interdetti *de aqua*, ed il « putat suo jure uti » della *d. l. 1, § 19,* intendono come un modo di designare la volontà necessaria a costituire la *j. q. p.* Vedemmo (§ 462), che per essere un quasi possesso dev'esistere la volontà di agire come chi agisce in forza d'una servitù, e che veramente talvolta questa volontà si trova espressa così « jure suo usi credidit » (*l. 25*, *quemadm. serv. am.*) per escludere la *j. q. p.* in chi va *pro via publica* e simili. Ma non così è presa quell'espressione nella *d. l. 1, § 19*; ove colui che « putat suo jure uti » viene opposto a colui « qui scit se *nullum* jus habere », lo che non si può dire di chi creda di andare per esempio in forza del dritto di cittadino. Nè a quel modo si può interpretare la *d. l. 1, § 10*, *22*, dove si dice soltanto « jure se ducere putavit, putat habere se jus aquae ducendae »; senza aggiungere allo « jus... jure » quel « suum... suo », che può aver forza di escludere chi va come cittadino, e simili.

De rivis.

§ 768.

Anche gli esposti due interdetti *de aqua* hanno altri due interdetti come appendici. Uno è il *de rivis*, proposto per tu-

---

[1] Cf. *l. 1, § 31-36*, *l. 8*, *de aqua quotid. et aestiva.*

telare contro opposizioni la rifazione e lo spurgo dei rivi, ed altri oggetti necessari per la deduzione dell'acqua nella stessa servitù *aquaeductus*. Questo non richiede prova del dritto, come la richiede il *de itinere reficiendo*, *l. 1*, *§ 9*, *l. 4*, *de rivis*; attesa la gran necessità ed urgenza (ved. § 765 n. 1). Ed appunto nel voler marcare questa sua distinzione dal prossimo *de itinere reficiendo* credo che consista la ragione potissima d'introdurlo speciale: mentre non essendo i suoi postulati distinti da quelli de' principali interdetti *de aqua*, ed il suo obietto essendo di sua natura compreso nell'esercizio de'medesimi, non avrebbe, fuori di quella prudente diligenza, sufficiente motivo di esistere. — Credo anche in questo interdetto necessaria la b. f. nella deduzione dell'acqua. Mi par chiara la *l. 3*, *§ 7*, *de rivis* « Iisdem autem personis, et in easdem interdictum hoc datur, quibus, et in quas de aqua interdicta redduntur, quae supra sunt enumerata ». Non osta la *l. 1*, *pr. eod.*, ove è riportata la sola clausola « non vi, non clam etc. »: per riflessioni simili alle fatte sulla *l. 1*, *pr.*, *§ 29*, *de aqua* (paragr. antec.). Parimenti non fa ostacolo la *d. l. 1*, *§ 9*, nella quale soltanto dalla cennata clausola si fa un argomento per escludere la necessità della prova del dritto, così: Se fosse necessario provare il dritto, se il presente interdetto fosse difesa del dritto, non avrebbe ragione di esistere quella clausola dell' editto dove si richiede che « non vi etc. ». Imperocchè non è tolto nè estenuato tale argomento, se altre parti dell'editto richieggano la b. f. ancora.

De aqua ex castello ducenda.

§ 769.

Altro interdetto aggiunto ai due *de aqua*, trattati nel § 767, è il noto *de aqua ex castello ducenda*. È interdetto *retinendae*, come provammo § 748, n. 2. Si conosce quanto i romani fossero gelosi della conservazione del pubblico uso dell'acqua pubblica. Ripeto il passo di Frontino *de aquis 94, 95*, già ripor-

tato a § 172, n. 6 « omnis aqua in usus publicos erogabatur, et cautum ita fuit, ne quis privatus aliam aquam ducat, quam quae ex lacu humum accidit... Et haec ipsa non in alium usum quam in balnearum et fullonicarum dabatur, eratque vectigalis statuta mercede quae in publicum penderetur. Aliquid et in domos principum civitatis dabatur. — Ex quo manifestum est, quanto potior cura majoribus communium utilitatum quam privatarum voluptatium fuerit etc. ». Quindi non fu permesso il solito uso dell' interdetto *de aqua* per chi deducesse acqua dal pubblico ricettacolo ossia castello, ovvero dal rivo, o da altro luogo pubblico. Fu aggiunto nell'editto uno speciale interdetto per questo caso, e vi fu marcato l'obbligo nell' impetrante di provare il diritto proprio di *aquaeductus*, cioè lo essergli stato permesso « ab eo, cui ejus rei jus fuit » onde potesse dedurre « ita, uti permissum est », *l. 1, § 38, de aq. quot.* Pertanto tale interdetto finisce « totam questionem adsignationis... nec ad possessionem temporariam pertinet: sed aut habet jus adsignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur », *d. l. 1, § 45.*

De fonte.

§ 770.

Seguono gl' interdetti *de fonte* riguardanti la servitù *aquaehaustus.* Hanno anch'essi specialità simile a quella degl' interdetti *de aqua* e *de rivis*, la necessaria prova della b. f. Quanto all' interdetto de *fonte utendo*, che si dà a colui, che nell'anno abbia attinto acqua dal fonte od altro simile recipiente altrui, Ulpiano nella *l. 1, § 3, de fonte* dice « Et eadem sunt hic dicenda, quae ad personam attinent, quaecumque in superioribus interdictis dicimus »; ed i « superiora interdicta » sono precisamente quelli or mentovati, siccome apparisce dallo stesso ordine conservato ne' titoli delle pandette. Sulle parole « nec vi, nec clam, nec precario ab illo », che sono nella for-

mola dell'interdetto secondo Ulp. stesso *d. l. 1, pr.*, si ripeta ciò che dicemmo sopra simili passi ne' detti interdetti *de aqua* e *de rivis.* — Quanto all'analogo interdetto *de fonte reficiendo*, dato per la rifazione e per lo spurgo del fonte, *d. l. 1*, *§ 6*, *eod.*, esso ha uso simile a quello *de rivis d. l. 1, § 7.* Onde come non vi si richiede prova di diritto per pari ragioni; così vi si domanda la b. f. La ragione di dubitare dalle parole « non vi, non clam, non precario ab illo » *d. l. 1, § 6*, ha sempre la stessa risposta. Ulpiano *d. l. 1, § 11* ha cura di avvertire inoltre « Et omnibus personis dabitur, quibus permittitur interdictum de aqua aestiva ».

De cloacis.

§ 771.

Fin qui degl'interdetti dati sulla *j. q. p.* per le servitù rustiche. Vedemmo sempre in essi delle specialità che ne restringono l'uso di fronte a quello dell'*u. p.*; ed è così giustificata la ragione, per cui, abbandonato questo, si ricorse in essi alla *j. q. p.* per fondarveli sopra (§ 763). Ci rimane a parlare dell'unico interdetto speciale che abbiano le servitù urbane, cioè del *de cloacis*; poichè già provammo che la relativa servitù è continua ossia urbana [1]. Valgono anco per esso i no-

---

[1] Cf. § 429, n. 1. — Se SCHMIDT *pag. 93* argomentava bene dallo « ex illius agro » nel *de glande legenda* e dallo « in aedes illius... in agrum illius » nei *de arboribus caedendis*, che questi interdetti non regolano il solo possesso (§ 705, 749); credo, che non bene *ibid.* argomenti altrettanto pel *de cloacis* da simili parole dell'interdetto « ex aedibus ejus » *l. 1, pr. de cloacis.* Aveva ragione nel *de glande legenda*, perchè in esso la questione si aggira solo sopra i frutti caduti; onde, provata dall'impetrante la proprietà su di essi colla prova del suo dominio nel fondo ov'erano nati, è pregiudicata la relativa questione di dritto. Aveva ragione ne' *de arboribus caedendis*, perchè la questione resta sul solo fondo dell'impetrante; per lo chè, provata la proprietà su di esso, egual pregiudizio è generato. Ma nel *de cloacis* la questione si aggira anche sul fondo servente, su cui si esercita una servitù; per la qual cosa, provata dall'impetrante la proprietà sul suo dominante, la questione di dritto è tutta fuori. Giacchè mai si può dire provato da noi un nostro dritto di servitù col solo dimostrare il do-

stri raziocinii. Solo che mentre ne' speciali interdetti trattati di sopra il pretore credette di restringere la protezione, qui invece conveniva ampliarla. La retta tenuta delle cloache, e specialmente il loro spurgo, è cosa degna d'ogni favore. È noto quanto i romani fossero su ciò accurati. Come furono sollecitissimi delle cloache pubbliche [2], ed il pretore propose un interdetto diretto alla loro conservazione [3]; così anche un interdetto fu introdotto per le cloache private. Se altri fosse in istato di avere una cloaca dal suo fondo nel vicino, e desiderasse purgarla o restaurarla, gli vien dato l'interdetto *de cloacis*, con maggior facilità che non importerebbe l'*u. p.*; vale a dire anche se *vi* o *clam* o *precario* dall'avversario egli si trovasse in quello stato, *l. 1, § 7, de cloacis* [4]. Che la ragione sia precisamente quella enunciata, lo prova Ulpiano *d. l. 1, § 2* « Curavit autem praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur: quorum utrumque et ad salubrita-

---

minio nostro sul fondo che diciamo dominante. Per la qual cosa non è vero, che l'interd. *de cloacis rei persecutionem continet:* esso appartiene al nostro trattato.

[2] Furono le pubbliche cloache costruite senza risparmio fin dal tempo dei re, LIV. I, 38, 56, PLIN. *Hist. natur. 36, 15.* Livio attribuisce a Tarquino Superbo la costruzione della famosa *cloaca maxima* onde fosse « receptaculum omnium purgamentorum urbis ». Lo stesso Livio *39, 44* narra, che sotto la censura di M. Porcio Catone e di L. Valerio fu provveduto alla costruzione delle cloache nell'Aventino, quartiere povero e fino ad allora trascurato. Cura delle cloache pubbliche aveano i censori, DIONYS. *III, 67*; ed anche gli Edili, PLIN. *loc. cit.* Dall'epoca di Trajano in giù troviamo delle iscrizioni, che ci manifestano essere stata alla detta epoca la sorveglianza sulle cloache affidata espressamente ai *curatores riparum et alvei Tiberis*, i quali d'allora in poi sono nominati *curatores riparum et alvei Tiberis et cloacarum, Inscript. Grut. p. 197, seg., Orell. I, 2284. seg.* Per avere un'idea, di ciò che si spendeva per le cloache, basti ricordare quel che racconta DIONIGI D'ALICARNASSO *loc. cit.*, che cioè in una sola volta fu spesa l'enorme somma di mille talenti per la loro « ἀνακάθαρσις καὶ ἐπισκευή ».

[3] *L. 1, § 15, de cloac.* Ma l'interdetto *de cloacis publicis* è fuori del nostro trattato (§ 593).

[4] Singolarità tanto più rimarcabile quanto al restaurare; poichè chi restaura fa opera più importante perchè durevole: onde qualche altro interdetto per eseguire restauri si dà con maggiore difficoltà (§ 765).

tem civitatum, et ad tutelam pertinet: nam et coelum pestilens, et ruinas minantur immunditiae cloacarum; item si non reficiantur »; e segue nel *d.* *§ 7* « Quia autem cloacarum refectio, et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur; idcirco placuit, in interdicto non esse addendum: Quod non vi, non clam, non precario ab illo usus; ut etiam si quis talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere, vel purgare ». Fu un' isolata eccezione fatta alla regola del dare l'*u. p.* quanto alle servitù urbane.

§ 772.

Infatti come eccezione è il *de cloacis* significato nella concezione stessa dell'editto sull'*u. p.*, *l. 1, pr. u. p.* « De cloacis hoc interdictum non dabo »; ossia, non si da l'*u. p.*, ma il più efficace *de cloacis.* Lo che di nuovo dimostra la verità della ricordata regola sulle servitù urbane. Poichè se non si dasse in genere al possessore del dominante l'*u. p.* in vista delle urbane servitù, l'eccezione sarebbe inopportuna e vuota di senso [1]. Vero è che Vangerow, contraddittore di quella regola (§ 760), sostiene *loc. cit. pag. 891.*, che quel passo della *l. 1, pr. u. p.* significa piuttosto, non darsi l'*u. p.* al possessore del fondo servente, se per avventura, nel restauro d'una cloaca, *vis fiat* al suo fondo dal possessore del vicino fondo dominante. E la interpretazione medesima piace a Schmidt nella sua dotta dissertazione sugl'interdetti *de cloacis Zeitschr. f. g. RW. XV, pag. 88.*, a Witte *Uti possid. pag. 115.*, ed a Windscheid *§ 159.* Ma riferendo la negazione dell'*u. p.* al possessore del servente, qual necessità v'era di esprimerla specialmente nella concezione stessa dell'*u. p.?* Imperocchè l'interdetto *u. p.* non si dà mai allo scopo di eliminare quegli atti che già modificarono il nostro possesso prima dell'impetrato interdetto; come e dalla natura stessa dell'*u. p.* interdetto *retinendae*, e da testi specialmente nella *l. 3, § 5, 6, u. p.*, dimostrammo § 678, 684. Se dunque nella ipotesi, della

[1] SAVIGNY *pag. 486.*, BISCHOFF *d. dissert. inaugur. pag. 31, seg.*

quale ci occupiamo, si tratta di cloaca già esistente (e ciò tutti riconoscono; « cloacam, quae ex aedibus ejus in tuas pertinet » *l. 1, pr. de cloacis*); non v'è dubbio, che non potesse competere l'*u. p.* al servente in forza di tal generale principio; farne un'eccezione speciale sarebbe stato un errore. Ma sussumono [1], che il fare la eccezione speciale nella concezione dell'*u. p.* fu necessario per questo, che chi è in istato di avere una cloaca, la quale dalla sua casa riesce nell'altrui, ha l'interd. *de cloacis* per lo spurgo e restauro anche se non provi di essere nell'uso di fatto della cloaca medesima. Sembra che intendano dire, che il *de cloacis* competa, anche se all'epoca del darlo il possesso di chi ha il fondo, in cui riesce la cloaca, non si trovi modificato dal quasi possesso di chi ha l'altro fondo, da cui la cloaca parte; nel qual caso secondo la massima generale competerebbe al primo l'*u. p.* contro il secondo: e che così vogliano dimostrare la utilità di quella eccezione. Ma rispondiamo, che se colui, che ha la casa, onde parte la cloaca, non fosse in un quasi possesso, alcun interdetto non gli si darebbe; poichè nulla c'è da difendere laddove manca e la prova del dritto ed il possesso: Ulpiano marcando nella *l. 1, de cloacis* la singolarità di questo interd. *de cloacis* mentova solo, che si dia pure a chi usò *vi, clam, precario ab adversario*, *§ 7*, *d. leg. 1.*, e null'altro. Credo ancor io, che si dia questo stesso interdetto anche a colui, che non stia facendo atti presenti d'immissione all'epoca in che lo impetra. Ma secondo i principii dell'uso delle servitù continue (§ 437), mentre la cloaca esiste, cotesta attuale cessazione d'immissione nulla toglie nè al suo quasi possesso, nè alla relativa pazienza di chi ha il fondo servente, il possesso del quale resta così sempre modificato. Torna dunque, che per la presente esistenza della cloaca è già costantemente modificato il possesso del fondo servente; torna, che per massima a chi ha questo fondo non può darsi l'*u. p.*; e la eccezione nella concezione dell'*u. p.* rimane senza senso se non si volga piuttosto a colui che ha il fondo dominante.

---

[1] Ved. Witte *loc. cit*,

§ 773.

Finisco con qualche osservazione sugl'interdetti relativi alle servitù negative. È opinione di non pochi che quanto alle servitù negative non si diano affatto interdetti, neppure l'*u. p.* [1]. A me sembra, che non vi abbiano luogo interdetti relativi ad una *j. q. p.*; perchè secondo le mie vedute (§ 433, seg.) questa manca affatto quanto alle servitù negative. Ma mi accorderei con Savigny *pag. 485,* il quale vi ammette l'*u. p.* in difesa del possesso del dominante; guardandomi però dal confondere con quell'egregio scrittore questo possesso con una *j. q. p.* (cf. § 419, n. 2). Nè mi varrei con Savigny dell'argomento preso dalla *l. 8, § 5, fi. si serv. vind.:* perchè la servitù *fumi immittendi,* ivi trattata, è servitù positiva. Argomenterei piuttosto nel modo seguente. È vero anche nelle servitù negative, che sono *qualitates* e *habitus* del fondo dominante, *l. 86, de V. S.*; lo che, applicato al loro esercizio di fatto, importa, che esso è inseparabile dal possesso del fondo stesso. Certo non si può aggiungere quanto alle negative quel che dicemmo nelle urbane positive e nelle rustiche (§ 760 seg.). chè cioè esista una parte del fondo dominante coordinata direttamente all'esercizio medesimo. Ma ben si può aggiungere, che quella posizione di fatto che ne forma l'esercizio, continua com'essa è, entra anche nel complemento del possesso del dominante qual'esso si trova; appunto perchè il relativo godimento, attesa la sua continuità, costituisce una qualità del possesso medesimo. Onde se tu eri nell'esercizio della servitù *altius non tollendi* per via di tua proibizione e mia pazienza (§ 433), ed io incomincio ad alzare l'edifizio; il tuo fondo perde quella luce, quell'aria, e quella veduta, che

---

[1] Di tale opinione sono RUDORFF *Zeitschr. f. g. RW. XI, pag. 352, seg.,* BRUNS *Das Recht des Bes. pag. 89,* VAN WETTER *n. 151, segg.,* ARNDTS *§ 192,* WINDSCHEID *§ 194,* ed altri. Anche BÉLIME *Traité du dr. de possess. § 265.,* che, come vedemmo § 434. n. 1., nega nelle servitù negative la *j. q. p.,* esclude ogni interdetto.

continuamente godeva: e niuno dirà, che tu lo possegga in quel modo in che lo possedevi per lo innanzi. Cotesta diminuzione di luce d'aria e di veduta, continuamente godute, questa diminuzione di tuo possesso, non sarebbe per te ragione d'interdetto, se lo stato antecedente di non innalzamento fosse dovuto non già all'esercizio di servitù, ma a mia volontà (d. § 433). In questo caso il pieno possesso sul mio fondo non trovandosi in alcun modo limitato; quando mi pongo ad alzare, esercito il mio possesso: non tu, ma io piuttosto posso esercitare contro te, o chiunque me lo vieti, l'*u. p.* Dappoichè non si possono dare interdetti contradittorii; ed è migliore la causa di chi vuol godere del suo secondo i naturali vantaggi che il proprio fondo gli offre per sua intrinseca virtù (innalzamento), della causa di quello che vuol godere del suo secondo i vantaggi avventizi che gli derivano dalla posizione estrinseca de' fondi vicini (maggior luce, aria, veduta, derivanti dalla bassezza di questi). Ma nella ipotesi, che è la nostra, di esistente esercizio della servitù *altius non tollendi,* io non posso, se tu m'impedisci dal sopraedificare, esercitar contro te l'*u. p.*; perchè il possesso, che ho sul fondo mio, trovasi limitato da questo tuo esercizio, e manco precisamente di quel tal possesso che vorrei difendere coll'*u. p.* Tu potrai invece esercitare l'*u. p.*; perchè è in te, senza prevalente concorso di mio contrario possedere, il relativo possesso nel tuo: avrai ragione di ricorrere a questo interdetto, accordato dall'editto per la ritenzione del possesso negl'immobili [1].

---

[1] Se in tale ipotesi io avessi già principiato ad innalzare, e così si trovasse già, se non tolto, certo diminuito quel relativo possesso che tu avevi nel fondo tuo, non ti gioverà l'*u. p.*, interdetto *retinendae*, allo scopo di togliere il già operato, e d'interdetti non avrai che il *quod vi, aut clam* (§ 678). Avrai l'*u. p.* solo all'effetto di escludere le opere future, che potranno diminuire ancor più ciò che di quel possesso ti rimane (§ 679). Lo avrai invece con piena efficacia nel caso, che io mi prepari ad innalzare senza aver ancora principiato, di modo che sia tuttora intiero quel tuo relativo possesso.

INDICE DELLA PARTE SECONDA

ELENCO

DEI TESTI DEGLI AUTORI DEL DIRITTO ROMANO

ai quali è stata data nel corso dell' opera qualche dichiarazione *

Institutiones

(*) Quando in una questione è stato ripetutamente invocato un testo, si richiama in questo elenco solo il relativo paragrafo, in cui esso testo vien citato per la prima volta.

Pandectæ

Codex

Novellae

Gajus

Ulp. fragm.

Fragm. vindobon.

Paul. recept. sentent.

Vaticana fragm.

[illegible]RENZE **GIUSEPPE PELLAS** EDITORE

Via Jacopo da Diacceto, N. 10

BIBLIOTECA DELLE SCIENZE LEGALI

OPERE PUBBLICATE

A[illegible]NOTAZIONI AL CODICE DI PROCE-[illegible]DURA CIVILE dell'avv. E. Foss tratte [illegible] relazioni del ministro Vacca 25 giugno [illegible], e del ministro Pisanelli al Senato nella [illegible]ta 26 novembre 1863; dalle decisioni [illegible] Corti supreme e dagli scrittori di diritto, [illegible]dato degli articoli relativi del Codice [illegible], di commercio, dell'ordinamento giudi-[illegible] e regolamento generale, di alcune altre [illegible] speciali, e degli articoli corrispondenti [illegible] Codice del 1859. — Vol. XXVI . . L. 10

C[illegible]ODICE CIVILE ITALIANO. Edizione con-[illegible]nente la correlazione degli articoli fra [illegible] e con quelli degli altri Codici e delle [illegible] vigenti; la corrispondenza col singoli [illegible] dei Codici abrogati, con una tavola [illegible] comparativa di tutti gli articoli dei vari [illegible]ci. Compilazione dell'Avv. Prof SAREDO. [illegible] XVIII . . . . L. 10

C[illegible]ODICE PENALE PER L'ESERCITO [illegible]NEL REGNO D'ITALIA *(29 novembre [illegible])*. Edizione contenente: La conferenza [illegible] articoli del Codice fra loro, e fra quelli [illegible] altri Codici e Leggi vigenti. — Il testo [illegible] leggi e degli articoli del Codice penale [illegible] che lo completano e a cui il Codice [illegible] militare si riferisce. — La corrispon-[illegible] degli articoli del Codice con quelli del [illegible] militare del 1859 abrogato. — Più un [illegible] indice analitico. — Compilazione [illegible]l'avv. prof. G. SAREDO. — Vol. IX. L. 3,00

CODICE PENALE, Ediz. tascabile. L. 2,50

C[illegible]OMMENTARI AL CODICE CIVILE ed [illegible] dei medesimi dell'Avv. PAOLO [illegible]. — Vol. due XVI, XIX . . L. 16,00

C[illegible]ORSO DI DIRITTO COSTITUZIONALE [illegible] LUIGI PALMA, prof. di Diritto Costitu-[illegible] nella Regia Università di Roma. —

1° vol. XL } 2ª Edizione . . . . L. 6 00
2° » XLI } . . . . . . » 8 00
3° » XLII . . . . » 7 00

D[illegible]EI REATI COMMESSI ALL'ESTERO, Tema svolto avanti la *R. Accademia dei [illegible]* in Siena dall'Avv. Dott. RAFFAELE [illegible]ATTARELLA, Professore all'Università di [illegible] — Volume XXXIII . . . . L. 3,00

D[illegible]ELLA RECIDIVA NEI REATI, lavoro [illegible] stato premiato dal Consiglio Superiore di [illegible] Istruzione nel Concorso al posto di [illegible]zionamento negli Studi di Diritto Penale [illegible] l'anno 1870, dell'Avvocato Prof. AN-[illegible] VISMARA, Membro dell'Accademia fisio-[illegible]co-statistica, ec. — Vol. XII . . L. 3,50

DELL'ENFITEUSI, Studi dell'Avv. ANTONIO FULCI Prof. di Diritto Civile nella R. Univ. di Messina. Vol. XXXI . . L. 4,50

DEL TITOLO PRELIMINARE E DEI DIRITTI DELLE PERSONE del Professore FULCI.
Volume XXXVIII . . . . L. 6,00

DIRITTO CAMBIARIO INTERNAZIONALE, del Cav. PIETRO ESPERSON, Professore di Diritto internazionale e Amministrativo nell'Univ. di Pavia. Vol. X. L. 2,50

GIURISPRUDENZA TEATRALE Studj dell'Avv. PROSPERO ASCOLI. — Un volume. Volume XIII. . . . . L. 4,00

IL DIRITTO MARITTIMO DELLA GERMANIA SETTENTRIONALE comparato col Libro II del Codice di Commercio del Regno d'Italia. — Studj per l'avv. GIOVAN BATTISTA RIDOLFI. — Volume XV. L. 5,00

IL DIRITTO DELLA NEUTRALITÀ NELLE GUERRE MARITTIME del Professore RAFFAELE SCHIATTARELLA.
Volume XXXVII . . . . L. 5, 00

IL POSSESSO E GLI ISTITUTI DI DIRITTO PROSSIMI AD ESSO Trattato di Diritto Romano del Prof. ODOARDO RUGGERI Volumi XXXIV e XXXV . . . . . . L. 18,00

INTORNO AI PIÙ GENERALI PROBLEMI DELLA SCIENZA SOCIALE, Conferenze del Professore GABBA. Vol. XLV . . L. 5, 00

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO COMPARATO AL DIRITTO CIVILE PATRIO, dell'Avv. FILIPPO SERAFINI, Professore nella Regia Università di Pisa.
3.ª Edizione. — vol. XXXVI. L. 9, 00

ISTITUZIONI DI PROCEDURA CIVILE. — Precedute dall'Esposizione dell'Ordinamento giudiziario italiano, dell'Avv. GIUSEPPE SAREDO. — Vol. XX, XXIII. L. 20,00

LA CONDIZIONE GIURIDICA DEL FARMACISTA, dell'Avv. G. B. BENVENUTI, Socio onorario e consultore legale dell'Associazione Chimico-Farmaceutica di Firenze.
Volume XXX . . . . L. 3,50

LA LEGGE E LA STAMPA, Studio di dottrina e giurisprudenza penale, per l'Avvocato G. PINCHERLE. Premiato con medaglia d'oro al Concorso Ravizza di Milano. Vol. XLVI . . . . L. 12,00